

## SECCIÓN DOCTRINAL

---

### LA FALSEDAD EN EL DICTAMEN PERICIAL O EN LA TRADUCCIÓN DEL INTÉRPRETE EN CAUSA JUDICIAL

---

MARÍA DEL MAR CARRASCO ANDRINO\*

*Fecha de recepción:* 04/06/2013

*Fecha de aprobación:* 22/09/2013

**RESUMEN:** El presente artículo aborda el estudio del falso testimonio de perito e intérprete, analizando sus diversos elementos típicos y precisando el momento procesal en que puede ser cometido el delito, a partir de su consideración como delito de omisión, cuyo núcleo de injusto reside en faltar a la verdad y en el que el contenido del deber de veracidad se extiende no sólo a datos fácticos, objetivos, sino también a aspectos valorativos contrastables.

**PALABRAS CLAVE:** Falso testimonio, falsa pericia, prueba pericial, perito

**ABSTRACT:** *This paper analyzes the false testimony of expert and interpreter, studying the various typical elements of the offence and outlining the procedural stage in which the crime can be committed, based on its consideration as a failure to act [crime of omission], whose injustice lies in breach the duty of truthfulness in which the contents of this duty extends not only to factual, objective data but also to testable valuable aspects.*

**KEYWORDS:** *False testimony, false expertise, expert evidence, expert*

**SUMARIO:** 1. Falso testimonio y perjurio. 2. Bien jurídico protegido en los delitos de falso testimonio. 3. El tipo de injusto de la falsa pericia. 3.1. *Sujeto activo:* a) perito; b) intérprete; 3.2. *Conducta típica:* a) causa judicial; b) faltar a la verdad; c) el dictamen pericial y la traducción: la

---

\* Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Alicante.

apreciación de su falsedad; 3.3. *Elemento subjetivo*. 4. Tipos agravados (art. 458.2 CP): 4.1. *El falso testimonio en contra del reo en causa criminal por delito*; 4.2. *Sentencia condenatoria recaída a consecuencia del falso testimonio*. 5. La alteración no sustancial de la verdad. 6. La retractación en el falso testimonio.

## 1. FALSO TESTIMONIO Y PERJURIO

Los delitos de falso testimonio cuentan con una larga tradición en nuestro Derecho histórico remontándose incluso a la Ley de las XII Tablas<sup>1</sup>. En toda la etapa anterior a la codificación el juramento que acompañaba a la declaración de testigo era la garantía de su veracidad. Cuando se faltaba a ésta, al transgredirse dicho juramento (perjurio), se ofendía a Dios o a los dioses paganos, pues la Justicia era considerada una misión divina. Estas reminiscencias religiosas llegan, aunque atenuadas, hasta la etapa codificadora. Así el CP de 1822, en el que se recoge el falso testimonio en el Título “De los delitos contra la fe pública”, sancionaba también el perjurio en su art. 434, distinguiéndolo del falso testimonio (art. 435), que consistía en faltar a la verdad en juicio, aunque sin juramento.

En el CP de 1848 desaparecen las connotaciones religiosas con la eliminación de perjurio y la sanción del falso testimonio dentro del Libro II, Título IV, dedicado a las falsedades y en el que se castigaba con mayor o menor pena, según se prestare en causa criminal sobre delito grave o sobre delito menos grave, a favor o no del reo, o en causa civil, agravándose en todos los casos si hubiera mediado soborno (cohecho). Como ha señalado TORÍO LÓPEZ<sup>2</sup>, la configuración del falso testimonio como una modalidad de las falsedades supuso un avance, al poner el acento de lo injusto en el falseamiento de la verdad. Esta situación se mantiene en los Códigos penales de 1870 (arts. 332 y sigs.) y de 1928 (arts. 391 y sigs.). En el de 1928 se incorpora al intérprete como sujeto activo cualificado junto al perito (art. 396), se introduce la retractación con efectos de exención de la pena o atenuatorios, según que hubiere estado o no privado de libertad un inocente o sufrido otro daño grave (art. 399) y también un requisito

<sup>1</sup> Concretamente, se refiere a la falsedad testimonial la tabla VIII, 23. Vid. sobre la evolución histórica del falso testimonio en el Derecho previo a la codificación ALEJANDRE GARCÍA, J.A. El Delito de falsedad testimonial en el Derecho histórico español, en *Historia, Instituciones, Documentos*, nº 3, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976, págs. 9 y sigs.

<sup>2</sup> TORÍO LÓPEZ, A. “Introducción al falso testimonio”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1965, págs. 38 y 39.

de perseguibilidad: la necesidad de que el Tribunal o Autoridad deduzcan el tanto de culpa para que pueda exigirse la responsabilidad por el falso testimonio (art. 400). Novedades que desaparecen en el CP de 1932.

No es hasta el CP de 1932 que estos delitos se regulan dentro de los que atacan la Administración de Justicia, concretamente en el Capítulo II, del Título V, del Libro II, arts. 333 y sigs. Criterio que se mantuvo en el CP de 1944 y que ha permanecido en sus sucesivas modificaciones hasta el Código actualmente vigente. Se opta así por una ubicación sistemática que destaca su carácter de atentado contra la actividad jurisdiccional frente a la naturaleza falsaria, como falsedad ideológica, de la que había participado hasta entonces y que condicionaba la definición del bien jurídico protegido.

No son pocos los autores<sup>3</sup> que se refieren al descrédito, sobre todo en el ámbito civil y laboral, de la prueba testifical y pericial, que achacan a diversas causas: desde la complejidad de los procesos psicológicos de almacenamiento y recuperación de la memoria hasta las malas prácticas de los abogados, sin olvidar el escaso compromiso de la propia Administración de Justicia en la persecución de los delitos de falso testimonio. En este sentido, aunque la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2011 refleja un incremento de diligencias previas por delito de falso testimonio del 19% respecto del año judicial anterior, lo cierto es que la escasez de procedimientos instruidos por esta causa queda patente en las resoluciones recogidas en las bases de datos jurisprudenciales, de las que la gran mayoría son de carácter absolutorio. Así por ejemplo, las condenas por falso testimonio de perito ascienden únicamente a tres, dos sentencias del TS (99/1998, 30-1 y de 262/2002, 28-2) y la más reciente, de la AP de Zaragoza, sección 6ª, 316/2011, 19-9. La fiabilidad de la prueba testifical y pericial requiere un mayor compromiso por parte de todos, pero especialmente de los órganos encargados de la persecución penal de estos delitos que incida en la sospechosamente elevada cifra negra de estos hechos delictivos.

El falso testimonio no debe confundirse con el perjurio, más propio de los países anglosajones. En efecto, mientras el falso testimonio consis-

---

<sup>3</sup> Entre otros, vid. HERNÁNDEZ GUIJARRO, J.J. "Naturaleza del delito de falso testimonio", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1967, t. XX, pág. 333; CALLE RODRÍGUEZ, M.V. "Acción de prestar en juicio falsa declaración en el proceso penal", en *La Ley*, 2000, 4, pág. 1419; CANCIO MELIA, M. "Del Falso testimonio", en RODRÍGUEZ MOURULLO, G./JORGE BARREIRO, A. (Dir./Coord.) *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, pág. 1202; MARTÍNEZ RUÍZ, J. "La criminalidad de testigos, peritos e intérpretes, a la luz del Código Penal de 1995", *Revista de Derecho Penal*, 2001, pág. 39, BERNAL VALLS, J. "El falso testimonio: cuestiones procesales y sustantivas", en *AAVV Delitos contra la Administración de Justicia*, Granada, 1995, pág. 159; etc.

te en falsear la verdad ante los Tribunales, el perjurio conserva su carácter más espiritual al identificarse con el quebrantamiento del juramento de decir la verdad, una ofensa a la santidad de la palabra dada, al honor personal. Es cierto, que en nuestro Derecho se inicia la declaración del testigo con el juramento o promesa de decir verdad, pero este es sólo un requisito formal que, junto a la advertencia de la responsabilidad penal en que puede incurrir si falta a la verdad, sirve para que el testigo tome conciencia de la transcendencia del acto (vid. Arts. 335 y 365 LEC y 433. III LECri). El falso testimonio se vincula, pues, al deber de veracidad que rige en las declaraciones procesales efectuadas por testigos, peritos e intérpretes, cuyo fin es alcanzar la verdad procesal para conseguir una resolución justa en el procedimiento.

En este sentido hay que recordar que el sistema de libre apreciación de la prueba (art. 741 LECri) que rige en nuestro sistema procesal penal no significa una configuración puramente subjetiva o arbitraria de la convicción del juzgador, sino que como ya dejara claro el TC desde su sentencia nº 31/1981, 28 de julio, requiere de una mínima actividad probatoria de cargo, lo que obliga a motivar las sentencias con la valoración de la prueba realizada por el Tribunal. Una valoración que supone una apreciación lógica de la prueba en la que se tienen en cuenta las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos suficientemente asegurados. La motivación de la sentencia exige relacionar los medios de prueba, entre los que se encuentran las declaraciones de testigos y peritos, con los hechos considerados probados en la sentencia<sup>4</sup>.

La tipificación del falso testimonio en el CP 1995 abandona casi por completo el carácter talional que había tenido en el derogado CP 1973 que hacía depender la pena de si se había vertido en causa civil o criminal o de si había favorecido o perjudicado al reo, simplificando las figuras delictivas. Tan sólo permanecen las agravaciones del art. 458.2 CP: cuando se realiza en contra de reo y en causa criminal por delito y cuando a consecuencia del testimonio hubiere recaído sentencia condenatoria. Se extiende además la tipicidad al falso testimonio realizado ante los Tribunales internacionales o los españoles cuando se declara en virtud de comisión rogatoria remitida por un Tribunal extranjero. Se incluyen también expresamente como posibles sujetos activos a los intérpretes junto con los testigos y peritos.

---

<sup>4</sup> BARONA VILAR, S en MONTERO AROCA, J/GÓMEZ COLOMER, J.L./MONTÓN REDONDO, A./BARONA VILAR, S: *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal*, 18ª ed., Valencia, 2010, págs. 310 y 311.

En el presente artículo se analizará el falso testimonio de perito e intérprete (art. 459 CP) que junto con el de testigo (art. 458.1 CP) constituyen las dos figuras delictivas en torno a las que se articula el Capítulo VI del Título XX del CP. Ambas figuras delictivas se agravan cuando el testimonio o el dictamen pericial se presta en contra de reo en causa criminal (art. 458.2 CP) y se castigan con menor pena cuando tan sólo se altera la verdad de forma no sustancial mediante reticencias, inexactitudes o silencios (art. 460 CP). Además se tipifica expresamente la presentación de testigos falsos, o peritos o intérpretes mendaces (art. 461 CP), agravada también cuando el sujeto activo es abogado, procurador, graduado social o representante del Ministerio Fiscal (art. 461.2 CP). Finalmente, el art. 462 CP recoge una exención o atenuación de la pena, según los casos, cuando se produce la retracción en causa criminal bajo unas determinadas circunstancias.

## 2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE FALSO TESTIMONIO

Para la mayoría de la Doctrina el bien jurídico protegido en estos delitos se identifica con la Administración de Justicia o con el normal funcionamiento de la actividad jurisdiccional encomendada a los Tribunales de Justicia<sup>5</sup>. Un bien jurídico que así definido resulta demasiado amplio, vago o difuso como para cumplir la función crítica, limitadora del tipo penal, que está llamado a cumplir. Es por ello que algunos autores han tratado de concretarlo refiriéndose a la preservación de la pureza de la prueba<sup>6</sup> o al no empecimiento de la búsqueda judicial y

---

<sup>5</sup> CÓRDOBA RODA, J. “Del falso testimonio”, en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dir.) *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, Tomo II, Madrid, 2004, pág. 2240; VIERA MORANTE, F.J. “El falso testimonio. Cambios introducidos por el Código penal de 1995 e influencia de la Ley del Tribunal del Jurado”, en *Delitos contra la Administración de Justicia, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1997, pág. 238; VIVES ANTÓN, T.S. “Del falso testimonio”, en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.) *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, pág. 1918.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra la Administración de Justicia (II). Falso testimonio. Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional. Quebrantamiento de condena”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.) *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 2011, pág. 1036; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*, 18ª ed., Valencia, 2010, pág. 952; BERNAL VALLS, J. *El falso testimonio*, Madrid, 1992, pág. 33, se refiere específicamente a la “pureza en la aportación de los hechos”, entendiendo por tal “la auténtica y completa expresión del saber o conocimiento personal que de los hechos objeto de la prueba tiene el testigo y el perito”.

procesal de la verdad material<sup>7</sup> o en fin, a la preservación de los fines del proceso<sup>8</sup>. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO ha destacado el carácter de bien jurídico intermedio con función representativa que le corresponde a la Administración de justicia, a la corrección de su función jurisdiccional, en la medida en que sirve a la satisfacción de los intereses de quienes se ven afectados por el proceso, a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Para la autora son estos intereses individuales los que verdaderamente se ponen en peligro, los que pueden llegar a ser lesionados si se dicta una resolución fundada en pruebas falsas. La actividad jurisdiccional se habrá lesionado ya con la deposición falsa de los testigos, peritos o intérpretes<sup>9</sup>. Se llega así a una estructura de lesión-peligro: lesión del bien jurídico supraindividual que representa un peligro abstracto para los intereses de los afectados por la causa judicial y que constituye la vertiente individualizada del bien jurídico institucional<sup>10</sup>. La mayoría de la Doctrina, en cambio, aprecia un peligro abstracto respecto del bien jurídico supraindividual Administración de Justicia entendida como actividad jurisdiccional o función estatal de administrar justicia<sup>11</sup>. Es esta la posición a la que me adhiero.

MARTÍNEZ RUÍZ da un paso más allá, otorgando al delito de falso testimonio un carácter pluriofensivo, al considerar que el bien jurídico protegido no es sólo el interés colectivo del Estado en la pureza de la prueba como condición indispensable para un correcto funcionamiento de la Administración de Justicia, sino también el derecho a la tutela judi-

---

<sup>7</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Derecho penal Español. Parte Especial*, 6ª ed., Barcelona, 2010, pág. 1265.

<sup>8</sup> MAGALDI PATERNOSTRO, M.J. *El falso testimonio en el sistema penal español*, Barcelona, 1987, pág. 32; En este mismo sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. entiende que el falso testimonio es un delito contra la Administración de Justicia en cuanto incide sobre las funciones jurisdiccionales que ésta desempeña, cuyo bien jurídico protegido se concreta en los fines del proceso (cfr. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, III, Madrid, 1992, págs.40 y 41).

<sup>9</sup> Como delito de lesión parece entenderlo también BERNAL VALLS (*El falso...ob. cit.*, pág. 36), para quien la declaración falsa representa una efectiva lesión del interés jurisdiccional a la pureza y aportación de hechos relevantes para la resolución judicial, obstaculizando la actividad jurisdiccional de aplicar el Derecho a lo acontecido en la realidad.

<sup>10</sup> Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El falso testimonio de testigos, peritos e intérpretes*, Madrid, 2002, págs. 176 y sigs., la autora se refiere así a una construcción de bien jurídico intermedio en la terminología de Tiedemann o de bien jurídico intermedio con función representativa según Jakobs, en el que el funcionamiento de la Administración de Justicia sería el bien representado.

<sup>11</sup> Así, expresamente, TORÍO LÓPEZ, A. "Introducción al falso...", *RDProcesal*, págs. 43 y 44.

cial efectiva de las partes en el proceso, que en este delito se concreta en un derecho a la prueba lícita<sup>12</sup>.

La SAP Tarragona, Sección 2ª, 607/12, 17-12-2012, declara que el falso testimonio constituye “*un atentado a los fines del proceso, y en definitiva, contra la jurisdicción como instrumento reglado de solución pacífica de conflictos mediante el Derecho*”.

A mi modo de ver, el bien jurídico reside en la función jurisdiccional que tiene que ver con la preservación de la pureza o veracidad de los medios probatorios (pero también de los medios de investigación judicial de la verdad), esencialmente personales (testigos, peritos e intérpretes), en cuanto que la deposición falsa de estos sujetos genera el riesgo de dictar una resolución injusta en el proceso y con ello de afectar la tutela judicial a la que tienen derecho las partes. El peligro será abstracto en cuanto que bastará con que en el momento en que se emite la declaración falsa ésta sea idónea, en abstracto, para incidir en la decisión judicial, sin necesidad de que esto ocurra efectivamente<sup>13</sup>.

### 3. EL TIPO DE INJUSTO DE LA FALSA PERICIA

El art. 459 CP eleva las penas “*de los artículos anteriores*” a la mitad superior y añade la pena de inhabilitación para profesión u oficio, empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años, cuando los peritos o intérpretes faltaren maliciosamente a la verdad en su dictamen o traducción. La referencia del texto legal a los artículos anteriores –en lo que es un error del legislador, pues debería haber empleado el singular–, ha de entenderse hecha al artículo 458 CP en todos sus tipos: el básico del número 1 y los agravados del 2, así como la extensión a Tribunales internacionales y las comisiones rogatorias de Tribunales extranjeros en España del nº 3. Se sanciona, por tanto, la misma conducta falsaria que

<sup>12</sup> Vid. MARTÍNEZ RUÍZ, J. “La criminalidad...”, *RDP*, págs. 44 y 45. De esta misma opinión parece ser GRINDA GONZÁLEZ, J. “El falso testimonio”, en HERNÁNDEZ PLASENCIA, J./GOYENA HUERTA, J./GRINDA GONZÁLEZ, J./MUÑOZ CUESTA, J. *Los delitos contra la Administración de Justicia*, Navarra, 2002, pág. 213. Por su parte, TORÍO LÓPEZ, A. reconoce esta naturaleza pluriofensiva (intereses jurisdiccionales en el proceso e intereses personales del imputado) sólo respecto de una de las modalidades típicas: cuando a consecuencia del falso testimonio se dicta sentencia condenatoria (cfr. “Introducción...”, *RDProcesal*, pág. 40).

<sup>13</sup> Para CASTILLO GONZÁLEZ, F, sin embargo, se trata de un delito de peligro concreto, al considerar que solo son típicas las falsedades que inciden en el “*thema probandum*” (vid. *El Delito de Falso Testimonio*, San José, 1982, págs. 40 y 41. No parece este un argumento que incida sobre el peligro para el bien jurídico protegido, sino para delimitar el objeto de la acción relevante: el testimonio o pericia.

en el art. 458 CP con las diferencias propias del distinto objeto de la acción: dictamen pericial y traducción. Bien entendido que no se trata de que estos tipos (el falso testimonio de testigo y el de perito o intérprete) guarden una relación ni de especialidad ni de consunción, pues cada uno de ellos tiene un ámbito separado de aplicación, compartiendo una misma conducta típica.

La razón de la mayor gravedad de la pena en el caso de los peritos e intérpretes se explica en base a la relevancia que tiene esta prueba en el sentido de que proporciona unos conocimientos técnicos, científicos o artísticos de los que el juez o tribunal carece, dificultando por ello la comprobación de la falsedad o veracidad de lo manifestado<sup>14</sup> y en consecuencia incrementando el riesgo para el bien jurídico protegido.

### 3.1. SUJETO ACTIVO

El falso testimonio de perito o intérprete es un delito especial propio, pues sólo éstos pueden ser sujetos activos del delito, perteneciendo a la categoría de propia mano, dado que requieren la realización personal de la conducta típica<sup>15</sup>. Se excluye, así, la posibilidad de autoría mediata en este delito. Se hace necesario acudir a la normativa procesal para determinar quien ostenta la cualidad de perito o intérprete en el proceso.

#### a) Perito

Tanto la LEC como la LECri se refieren al perito y al informe pericial, aunque ninguna ofrece una definición de la figura. Así, del art. 335 LEC se extrae que el perito es quien posee “*conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos*”, para lo cual tendrá que disponer del título oficial correspondiente o, si se tratare de materias que no están

<sup>14</sup> De esta opinión, PALOMO DEL ARCO, A. “Del falso testimonio”, en GÓMEZ TOMILLO, M. *Comentarios al Código penal*, Valladolid, 2010, pág. 1699; también DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El falso testimonio...*, *ob. cit.*, pág. 648, que se refiere a un mayor peligro para el bien jurídico por la dificultad de constatar la falta de veracidad de sus declaraciones, debido precisamente a su propia naturaleza.

<sup>15</sup> Es esta opinión unánime en la Doctrina. Entre otros, BERNAL VALLS, J. *El falso testimonio...ob.cit.*, pág. 36 y 37; MAGALDI PATERNOSTRO, M.J. *El falso testimonio...ob.cit.*, pág. 89; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 953; GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra la Administración...”, en *Sistema de... ob.cit.*, pág. 1039; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Responsabilidad penal de los peritos”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIII, Universidad de Santiago de Compostela, 2002, pág. 185.



comprendidas en títulos oficiales profesionales, ser entendido en la materia (art. 340 LEC). De la misma manera el art. 456 LECri se refiere a la necesidad de nombrar un perito cuando son necesarios conocimientos científicos o artísticos, distinguiendo el art. 457 LECri entre peritos titulares y no titulares, según que tengan o no título oficial o sólo “*un conocimiento o prácticas especiales en alguna ciencia o arte*”.

En consecuencia, puede decirse que el perito es una persona que auxilia o colabora con el Juez, al que le presta sus conocimientos científicos, técnicos o artísticos, de los que aquél pudiera carecer, a fin de obtener una mejor comprensión sobre unos determinados hechos en el proceso, con fines probatorios<sup>16</sup>.

La adquisición de la condición de perito se produce con el nombramiento por la autoridad judicial, tras la aceptación del cargo en el proceso civil o la prestación de juramento o promesa en el proceso penal y se fundamenta en el deber de colaboración con la Administración de Justicia que marca el art. 118 CE. En este sentido, la SAP Barcelona, Sección 2ª, 370/2008, 25-4 no aprecia falso testimonio en un informe pericial consistente en reconstrucción del accidente, dado que el sujeto no había adquirido la condición de perito, al no haber aceptado el cargo y jurado o prometido emitir informe pericial ante el juez. Asimismo, el Auto AP León, Sección 2ª, 77/2006, 16-5 rechaza la existencia de falso testimonio al carecer el sujeto de la condición de perito, ya que tan sólo suscribe un informe que se adjunta a la demanda, sin prestar juramento ante el juez.

En el proceso civil, los peritos son designados por las partes o, en los casos previstos en la ley, por el tribunal mediante sorteo a solicitud de las partes (335 LEC). Los designados por las partes podrán ser objeto de tacha (arts. 342 y 344 LEC), pero no recusados, a diferencia de lo que ocurre con los designados por el juez (arts. 124 y sigs. LEC). En principio, la tacha se valora y decide sobre ella en la sentencia.

En el proceso penal, el perito es designado por el juez o por las partes (arts. 456 y sigs. LECri), sin que pueda negarse al llamamiento judicial<sup>17</sup>,

<sup>16</sup> Cfr. GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal*, Cizur Menor, 2012, pág. 550; GIMENO SENDRA, V./MORENILLA ALLARD, P. “La prueba pericial, el reconocimiento judicial y otros medios de prueba”, en GIMENO SENDRA, V. *Derecho procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte General*, 3ª ed., Madrid, 2010, págs. 473 y 474.

<sup>17</sup> Este dato es el que lleva a BERNAL VALLS a entender que la condición de perito en el proceso penal se adquiere con la mera designación judicial (*El Falso Testimonio... ob.cit.*, pág. 71). En mi opinión, sin embargo, si bien es cierto que el deber de declarar como perito puede nacer en ese momento, la condición de perito a los efectos del tipo penal se adquiere con el juramento o promesa, momento en el que sujeto asume el deber

salvo que estuviese legítimamente impedido (art. 462 LECri). Así, no podrán prestar informe pericial, los que según el art. 416 LECri no están obligados a declarar como testigos, esto es, “los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil así como el abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor”. Ahora bien, el informe no queda invalidado si el perito, a pesar de ello, presta el informe sin advertir al Tribunal de esta circunstancia (art. 464 LECri). En tales casos, no se trata de que el perito no tenga la obligación de decir verdad, sino que la LECri le dispensa de la obligación de emitir dictamen, pero si lo hace deberá cumplir con la de veracidad. De aquí que, conforme dispone el párrafo 2º del art. 464 LECri, si incumple la prohibición de emitir dictamen en tales circunstancias se le imponga una multa de 200 a 5000 euros, “a no ser que el hecho diere lugar a responsabilidad criminal”. Por lo tanto, si en tales casos faltase a la verdad, cometería falso testimonio, planteándose por la Doctrina la posibilidad de apreciar una atenuación por la vía del art. 21.1 CP en relación con el estado de necesidad (art. 20.5 CP), en la medida en que se acredite alguna circunstancia que incida en mayor o menor medida sobre la capacidad de motivación del sujeto<sup>18</sup>. En mi opinión, sin embargo, no parece admisible en estos casos un estado de necesidad, dado que la situación coaccionante proviene del propio Ordenamiento Jurídico, esto es, se estaría construyendo una exención de la responsabilidad penal a partir de una obligación impuesta por el propio Ordenamiento Jurídico.

Además, los peritos pueden ser recusados por razón de parentesco, interés directo o indirecto, amistad íntima o enemistad manifiesta (art. 468 LECri.). El AAP Castellón, Sección 2ª, 148/2009, 7-5 rechaza la existencia de falso testimonio del perito que no dijo nada sobre las relaciones profesionales que como arquitecto mantuvo con el constructor demandado en el procedimiento civil, a quien favoreció el dictamen, al no haberse acreditado que faltara a la verdad ni tampoco la existencia de dolo falsario.

El perito, al igual que el testigo, está sometido al deber de veracidad, al que se refiere el art. 335.2 LEC con el juramento o promesa de actuar

---

de declarar en tal condición y de hacerlo verazmente, se halle o no incurso en una de las causas que lo eximen de prestar declaración.

<sup>18</sup> En este sentido, vid. CÓRDOBA RODA, J. “Del falso testimonio”, *Comentarios.... ob.cit.*, pág. 2252 y 2261.

con objetividad en el proceso civil y el art. 474 LECri con el juramento de proceder bien y fielmente en sus operaciones y de no proponerse otro fin más que el de descubrir y declarar la verdad, en el proceso penal<sup>19</sup>.

Así las cosas, el perito se distingue del testigo en que ofrece una opinión o juicio de valor, fundado en sus conocimientos técnicos, científicos o artísticos, sobre unos hechos a los que accede a través del proceso<sup>20</sup>. Ahora bien, hay sujetos que intervienen en el proceso cuya función es más próxima a la de los peritos, pero que, sin embargo, son considerados por la ley como testigos. Así ocurre con los funcionarios de la Policía Judicial, quienes, incluso cuando aportan un dictamen de sus servicios especializados, declaran en condición de testigos (art. 297 y 717 LECri). En situación semejante se encuentran los llamados testigos-perito (art. 370 LEC), que son verdaderos testigos, aunque aporten información cualificada de los hechos percibidos extraprocesalmente, debido a sus especiales conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos<sup>21</sup>. En esta última categoría entran los investigadores privados, cuyos informes escritos acompañan a la presentación de la demanda o de la contestación (art. 265.1. 5º LEC), y que son interrogados, en su caso, como testigos sobre los hechos que constan en tales informes (art. 380 LEC).

Por otra parte, algunos peritos además ostentan una cualidad añadida que incide en la significación de su declaración o pericia<sup>22</sup>. Así sucede por ejemplo con los médicos forenses<sup>23</sup>, peritos con la condición de funcionario público de la Administración de Justicia, lo que podría dar lugar a la aplicación de la agravante de prevalimiento del carácter público del culpable (art. 22.7 CP).

Discutible resulta la figura de los llamados prácticos o técnicos en el proceso civil a los que se refiere el art. 335 LEC, que pueden acompañar a las partes en la diligencia de reconocimiento judicial, por ejemplo, en los

---

<sup>19</sup> Como ha puesto de manifiesto GIMENO SENDRA, V./MORENILLA ALLARD, P. "La prueba pericial...*ob.cit.*", pág. 476, hay que desterrar la idea de que una clase de perito sea más imparcial que otra, por ejemplo, los designados judicialmente frente a los nombrados por las partes, pues ambos están sometidos al deber de veracidad, cuyo incumplimiento lleva la infracción penal.

<sup>20</sup> Vid. GIMENO SENDRA, V./MORENILLA ALLARD, P. "La prueba pericial...*ob.cit.*", pág. 446.

<sup>21</sup> De esta opinión también, MILLÁN GARRIDO, A. "El Delito de falso testimonio (II)", en *Documentación Jurídica*, N° 22, Abril-Junio 1979, pág. 416.

<sup>22</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. "Delitos contra la Administración de Justicia", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9º ed., Cizur Menor, 2011, pág. 1919.

<sup>23</sup> En este sentido, TORÍO LÓPEZ, A. "Introducción al testimonio...", *RDProcesal*, pág. 50; BERNAL VALLS, J. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 75.

procesos sobre delimitación de lindes de fincas, de servidumbre, identificación de terrenos, etc. Se trata de personas con conocimientos prácticos (agrícolas, ganaderos, etc.) o técnicos por razón de su profesión que con sus observaciones contribuyen a una mejor apreciación de los hechos<sup>24</sup>. Para BERNAL VALLS el práctico debe quedar incluido en la categoría de perito, dado que funcionalmente se comporta como él auxiliando al juez<sup>25</sup>. Para otros autores, en cambio, lo determinante es que su declaración, de producirse, se realiza prestando juramento o promesa propia de los testigos<sup>26</sup>. A mi modo de ver, su condición está más próxima a la de perito que a la de testigo, en la medida en que materialmente se comporta como tal, esto es, como alguien que ha sido llamado al proceso por sus especiales conocimientos, que pueden estar basados en la experiencia o habilidad práctica, para auxiliar al juez facilitándole el conocimiento de una cuestión controvertida en el proceso (por ejemplo, la topografía del terreno)<sup>27</sup>. Ahora bien, la calificación de perito o testigo dependerá en definitiva de en calidad de qué concurra al reconocimiento judicial<sup>28</sup>, bien como simple intermediario de la prueba<sup>29</sup> o bien como verdadero testigo o perito. Por su parte, el art. 335 LEC parece preferir su consideración como perito, al admitir que los conocimientos prácticos pueden integrar

<sup>24</sup> Vid. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A./RIFÁ SOLER, J.M./VALLS GOMBAU, J.F. (Coords.) *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, Barcelona, 2001, pág. 1645.

<sup>25</sup> BERNAL VALLS, J. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 73.

<sup>26</sup> De este parecer, MILLÁN GARRIDO, A. "El delito...", *DJ*, 22, pág. 416; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El falso testimonio...ob.cit.*, págs. 658 y 659, quienes entienden que se produciría una analogía *in malam partem*.

<sup>27</sup> En este sentido, VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C. "Naturaleza jurídica de la pericia", *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1951, pág. 51, parece en principio considerar su labor de asesoramiento en la actividad investigadora del juez como una pericia *percipiendi*, si bien al valorar específicamente el papel que desempeñan los prácticos en el reconocimiento judicial lo califica de "mandatario de la parte los fines concretos de ofrecer al juez datos que puedan interesarle en cuanto a la designación del terreno" (*ibidem*, pág. 56).

<sup>28</sup> La doctrina procesalista niega que el práctico sea per se un perito, exigiendo para ello las formalidades prescritas en la ley de enjuiciamiento correspondiente (Vid. FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A./RIFÁ SOLER, J.M./VALLS GOMBAU, J.F. (Coords.) *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1645. PÉREZ GIL, J. *El Conocimiento Científico en el Proceso Civil*, Valencia, 2010, pág. 55 y 56, niega también su condición de perito, pues el procedimiento de solicitud, designación y aceptación es diverso, no emite dictamen por escrito, sino sólo observaciones o declaraciones de forma oral.

<sup>29</sup> No compartimos por ello la afirmación de DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. de que la consideración de estos prácticos como peritos avala el que la prueba no sea el objeto protegido, pues sus observaciones y sus respuestas inciden en la formación de la convicción judicial y llevan al juez a una idea sobre los hechos que se plasma en el reconocimiento judicial, que también constituye un medio de prueba (Cfr. *El falso testimonio...ob.cit.*, pág. 661).

una pericia. A ello se añade el que el tipo equipara punitivamente el perito al intérprete, que es un auténtico intermediario de la prueba, lo que nos lleva a adoptar un concepto de perito que no queda limitado al de medio prueba que se maneja por la Doctrina procesal.

QUINTERO OLIVARES excluye también a los interventores de las empresas concursadas, pues aunque emiten informes, no se dirigen al asesoramiento del órgano jurisdiccional<sup>30</sup>, por lo que si declaran lo harán en calidad de testigos.

En fin se incluyen además en la categoría de peritos a los tasadores en subastas y los asesores técnicos de jueces no letrados, ya que desarrollan una labor de asesoramiento del juez<sup>31</sup>, aunque según la doctrina procesalista<sup>32</sup> no constituyan medio de prueba. También se consideran peritos quienes realizan los cotejos de letras conforme al art. 349 LEC.

Por último señalar que ningún problema plantea el caso del peritaje encargado a academias, instituciones culturales o científicas, colegios profesionales, en la medida en que vienen suscritos por las personas físicas a las que dicha institución ha trasladado el encargo (art. 340.3 LEC).

#### b) *El intérprete*

El intérprete es quien, como conocedor de la lengua de que se trate, proporciona el significado de lo expresado por quien declara en el proceso civil (art. 143 LEC) o del testigo o imputado en el proceso penal (arts. 440 y 762 LECri) que no conoce el idioma castellano o declara en alguno de los idiomas de las Comunidades Autónomas. Este derecho se extiende a los detenidos o presos [art. 520.2 e) LECri] y a los procesados (art. 398 LECri). En estos casos “la declaración deberá consignarse en el proceso en el idioma empleado por el testigo y traducido a continuación al español” (art. 440 LECri). En esta categoría se incluye también al intérprete del lenguaje de signos que facilita la comunicación con los testigos sordos (art. 442 LECri y 143.2 LEC).

El intérprete es, pues, un intermediario de la prueba, no un medio de prueba como el testigo o el perito. Al igual que estos últimos, el intérprete

<sup>30</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G. “Delitos contra la Administración...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1919, lo que no obsta a su punición por insolvencia fraudulenta o delito societario.

<sup>31</sup> DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El falso testimonio...ob.cit.*, pág. 661.

<sup>32</sup> Vid. sobre el particular PÉREZ GIL, J. *El Conocimiento Científico...ob.cit.*, págs. 51 y sigs. quien se refiere a actividades de índole pericial sin vínculo con la valoración de la prueba recogidas en la LEC (art. 568.2, 638, 706.2, 715, etc.) o a la actividad pericial exigida en determinados procesos civiles no dispositivos como por ejemplo, el dictamen pericial médico al que se refiere el art. 759.1 LEC cuando se decide sobre la incapacitación, etc.

también tiene que prestar juramento o promesa de veracidad que, en este caso, incide sobre la fiel traducción (art. 143 LEC y art. 440 LECri.).

En la Doctrina se discute si los traductores de documentos están comprendidos en el concepto de intérpretes. Según el Diccionario de la RAE el intérprete es la persona que traduce de un idioma a otro, sobre todo oralmente, lo que avala, en principio, un entendimiento comprensivo también del traductor<sup>33</sup>. No obstante, la legislación procesal establece un distinto tratamiento para la traducción de documentos y de las declaraciones de los testigos y procesados, lo que lleva a limitar el significado típico de este término a las traducciones de las declaraciones personales en cumplimiento del principio de legalidad<sup>34</sup>. Algunos autores excluyen, además, a los funcionarios de la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores, a la que se pueden remitir las preguntas y declaraciones del testigo para su traducción (art. 441 LECri), pues no se les toma juramento y no puede decirse que intervengan en el proceso. Por lo que, en su caso, cometerían un delito de falsedad en documento público y no de falso testimonio<sup>35</sup>.

### 3.2. CONDUCTA TÍPICA

La conducta típica consiste en faltar a la verdad en el dictamen o en la traducción que se presta en causa judicial. La diferencia con el falso testimonio común del art. 458 CP reside, pues, en el distinto objeto de la acción: en uno el testimonio del testigo, en el otro, el dictamen pericial o la traducción del intérprete.

El análisis de la conducta típica exige, por tanto, precisar qué se entiende por causa judicial, en qué consiste el faltar a la verdad y cuál es el concepto de falsedad –subjetivo u objetivo– relevante para la tipicidad y en fin qué constituye dictamen pericial o traducción.

#### a) *Causa judicial*

Representa un presupuesto del delito en la medida en que sólo las declaraciones falsas en causa judicial constituirán falso testimonio, excluyendo del

<sup>33</sup> Así, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. V. *El falso testimonio...ob.cit.*, pág. 667.

<sup>34</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. “Delitos contra la Administración...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1920; GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra la Administración...”, en *Sistema de... ob.cit.*, pág. 1037.

<sup>35</sup> En este sentido, VIERA MORANTE, F.J. “El falso testimonio...”, en *CDJ*, pág. 255; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El falso testimonio...ob.cit.*, pág. 668.

tipo las falsedades vertidas ante órganos administrativos [expedientes administrativos, vid. STS 318/2006, 6-3, ante el Ministerio Fiscal en las diligencias de investigación, en actas notariales, en diligencias policiales o en Comisiones de Investigación parlamentaria, sin perjuicio de que puedan integrar otros delitos como, por ejemplo, el del art. 502.3 CP, acusación o denuncia falsas, etc.

La Doctrina maneja dos interpretaciones distintas acerca del concepto de “causa judicial”. La posición mayoritaria adopta una concepción amplia, en la que quedan incluidos todos los procesos que se desarrollan ante un juez o Tribunal<sup>36</sup>, haya o no controversia entre las partes. Otro sector doctrinal, en cambio, restringe el concepto a aquellos procesos judiciales en los que se produce una verdadera contienda entre las partes, de manera que quedan excluidos del tipo los llamados expedientes de jurisdicción voluntaria, en los que por definición falta el litigio o la confrontación entre partes<sup>37</sup>. A mi modo de ver resulta más adecuado a los fines de protección de bien jurídico protegido incluir los expedientes de jurisdicción voluntaria, pues constituyen actividad jurisdiccional y aunque sólo resuelven la cuestión de manera provisional, tienen efectos sobre terceras personas al reconocer situaciones o relaciones jurídicas<sup>38</sup> y constituyen actividad jurisdiccional. La Jurisprudencia admite que existe falso testimonio en este tipo de procedimientos de jurisdicción voluntaria. Así, respecto de un caso de falso testimonio por presentación de documentos falsos (derogado art. 461.2 CP) STS 864/2004, 9-7; también SAP Madrid, Sección 2ª, 56/2009, 10-2 respecto del falso testimonio de perito en procedimiento de jurisdicción voluntaria para autorización de venta de bienes de un incapaz.

Esta controversia doctrinal quedará resuelta en la medida que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 456.3 b) LOPJ que atribuye al secretario judicial competencia en materia de jurisdicción voluntaria, asumiendo su tramitación y resolución, con lo que dejarían de ser causas judiciales al no intervenir un juez.

---

<sup>36</sup> Entre otros, BERNAL VALLS, J. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, págs. 40 y 41; el mismo “El falso testimonio: cuestiones...”, en AAVV *Delitos contra... ob.cit.*, pág. 170; QUINTERO OLIVARES, G. “Delitos contra la Administración...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1913; GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra la Administración...”, en *Sistema de... ob. cit.*, pág. 1039; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El falso testimonio...ob.cit.*, pág. 347 y sigs.

<sup>37</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 953; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Responsabilidad penal...”, *EPC*, pág. 181; VIVES ANTÓN, T.S. “Delitos contra la Administración de Justicia”, en VIVES ANTÓN, T.S./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J.C./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L./MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Valencia, 2010, pág. 749.

<sup>38</sup> Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El falso testimonio...ob.cit.*, pág. 346 y 347.

En cualquier caso, ya se opte por una u otra interpretación, tiene cabida dentro del elemento típico “causa judicial” cualquier proceso ante cualquier jurisdicción, ya sea penal, civil, contencioso-administrativo, laboral, de menores o de vigilancia penitenciaria. Se incluyen también los procesos ante tribunales consuetudinarios reconocidos constitucional y orgánicamente (art. 19.2 LOPJ) como el Tribunal de Aguas de Valencia (art. 19.3 LOPJ) o el Consejo de “hombres buenos” de Murcia (art. 19.4 LOPJ), el Tribunal del Jurado y, en su caso, ante el Tribunal Constitucional que, aunque no forma parte del Poder Judicial, sí ejerce jurisdicción –la constitucional–<sup>39</sup>, pero no así las declaraciones falsas ante la jurisdicción militar, pues aunque las jurisdicciones especiales entran en el concepto de causa judicial, el falso testimonio ante el Tribunal Militar se encuentra específicamente tipificado en el art. 183 del Código de Justicia Militar. Hay que excluir las causas criminales por delito en las que se declara en contra del reo, que integrarán el tipo agravado del art. 458.2 CP.

Más discutible es el caso del arbitraje, pues aun cuando por definición persigue sustraer a la jurisdicción ordinaria los asuntos que a él se someten, puede ser solicitada la asistencia judicial para la designación de árbitro, la ejecución del laudo o la práctica de la prueba, entre otras cuestiones. Así, referido concretamente a este último aspecto, el art. 33.1 Ley de arbitraje dispone que “*esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros*”, permitiendo además que el Tribunal pueda practicar la prueba bajo su exclusiva dirección, si así se lo solicitaren (art. 33.2 Ley de Arbitraje). Además el laudo arbitral firme produce los mismos efectos que la cosa juzgada (art. 43 Ley de Arbitraje), estableciéndose como uno de los motivos de revisión del mismo el que se haya dictado en virtud de prueba testifical o pericial y los testigos o peritos hubieran sido condenados por falso testimonio (art. 510.3 LEC).

Aun cuando el TC haya calificado al arbitraje de “equivalente jurisdiccional” (SSTC 288/1993, 4-10; 176/1996, 11-11, etc.) parece que debe quedar excluido del tipo, pues en estos casos el Tribunal que auxilia no actúa en ejercicio de jurisdicción, lo que impide exigir el deber de declarar (y con él el de decir verdad) que sí puede exigirse cuando ejerce jurisdicción<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> En este sentido, VIERA MORANTE, F.J. “El falso testimonio...”, en *CDJ*, pág. 262.

<sup>40</sup> En este mismo sentido, BERNAL VALLS, J. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 43, admitiendo que sería conveniente su inclusión en el tipo de *lege ferenda*; también rechaza expresamente su inclusión en el tipo, VIERA MORANTE, F. J. “El falso testimonio...”, *CDJ*, pág. 262; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El falso testimonio...ob.cit.*, pág. 349, nota a pie nº 957.



Otra conclusión nos llevaría a una analogía prohibida. En este sentido, el Auto AP Barcelona, Sección 2ª, 26-11-2001 rechaza la existencia de falso testimonio en proceso arbitral, si bien eleva al Gobierno la petición de modificación del art. 458 CP, utilizando la facultad que le otorga el art. 4.2. CP<sup>41</sup>. Sí que cabe falso testimonio, en cambio, cuando se vierte en recurso de anulación del laudo arbitral ante la AP (STS 318/2006, 6-3).

En cuanto al momento en el que pueden darse las declaraciones falsas habrá que tener en cuenta la distinta regulación de la prueba en el proceso civil y penal. En el ámbito del proceso civil rige el principio de justicia rogada (art. 216 LEC) en virtud del cual son las partes las que deben proponer las pruebas (art. 216 LEC), sin perjuicio de la iniciativa que conserva el Juez o Tribunal en los términos que dispone el art. 282 LEC. Como regla general, las pruebas se celebrarán en unidad de acto en la vista o juicio y excepcionalmente podrá practicarse anticipadamente la prueba conforme a las reglas establecidas en los arts. 293 y sigs. LEC. En consecuencia siempre que se practique prueba pericial, ya sea antes o durante la vista o juicio, se podrá cometer falso testimonio si se declara falsamente por el perito. Ahora bien, conviene detenerse en el supuesto de prueba anticipada al que se refiere el número 3 del art. 295 LEC, esto es, cuando ésta se practica antes del inicio del proceso, condicionándose en tal caso su valor probatorio a que se inicie el proceso en un plazo máximo de dos meses. En estos supuestos, si el testigo o el perito hubieran faltado a la verdad podría plantearse si la consumación del falso testimonio ha de posponerse hasta el momento en el que se introduzca regularmente la prueba en el proceso, a saber, el de la interposición de la demanda a la que se acompaña dicha prueba anticipada. Aunque es cierto que esta prueba anticipada puede incidir sobre la estrategia procesal del futuro demandado, o sobre las negociaciones extraprocesales de las partes, lo cierto es que no genera ningún riesgo para el bien jurídico protegido hasta que no se introduce en el proceso, pues hasta que éste no se inicie el juez no podrá adoptar ninguna resolución en la que se valore dicha actividad probatoria<sup>42</sup>. Adviértase que conforme al art. 295.4 LEC la prueba

<sup>41</sup> Para rellenar esta laguna legal ANDINO LÓPEZ propone acudir, hasta tanto tal modificación legislativa se opere, a la vía de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 Cc., de manera que obtenida por esta vía una sentencia favorable firme que declare dicha responsabilidad respecto del testigo por haber prestado falso testimonio en un procedimiento arbitral, quede así abierta la vía para el recurso de revisión del laudo arbitral firme al que se refiere el art. 510.3 LEC (Vid. ANDINO LÓPEZ, J.A. "Sobre el delito de falso testimonio en el marco de un procedimiento arbitral", en *Anuario de Justicia Alternativa*, nº 7/2006, pág. 122.)

<sup>42</sup> Vid. RIZO GÓMEZ, B. *La Anticipación de la Prueba en el Proceso Civil*, Valencia, 2010, pág. 106 y sigs.; GIMENO SENDRA, V/MORENILLA ALLARD, P "Actos previos al

anticipada puede reiterarse en el juicio oral y que en este caso, ambas deben ser apreciadas por el juez, obligándole a motivar a qué prueba atiende si es que han generado resultados probatorios no coincidentes<sup>43</sup>.

En el ámbito del proceso penal no es pacífica la admisión del falso testimonio en la fase de investigación sumarial. Para algunos autores esta posibilidad debe rechazarse, pues conforme a reiterada jurisprudencia del TC (SSTC 76/190, 26-4; 62/1994, 28.2) sólo puede entenderse como prueba que puede destruir la presunción de inocencia la practicada en el juicio oral, con la única excepción de la prueba preconstituida y anticipada a la que se refiere los arts. 657 y 730 LECri<sup>44</sup>. Así la prueba preconstituida y la anticipada constituyen dos manifestaciones de la actividad de aseguramiento de la prueba que realiza el juez instructor ante la fugacidad de los hechos o su irrepetibilidad. La prueba anticipada implica la práctica de la prueba antes del juicio oral bajo la intermediación del juez y con las debidas garantías de contradicción, oralidad, etc. Los medios de prueba utilizados son testificales y periciales. Una vez practicada, su contenido no puede ser objeto de impugnación por las partes. Así la prueba testifical anticipada (art. 448 LECri) se realiza ante la imposibilidad de acudir el testigo, en su día, al acto del juicio oral por ausentarse del territorio nacional, peligro de muerte o incapacidad mental. La prueba pericial anticipada se produce cuando el objeto de la pericia puede desaparecer o transformarse, lo que cada vez es más infrecuente por los adelantos de la ciencia. La prueba preconstituida, en cambio, tiene un carácter aseguratorio de indicios y fuentes de prueba, pudiendo ser practicada por el juez instructor o por su personal colaborador (Ministerio Fiscal o la policía judicial). Su introducción en el juicio oral se realizará, en su caso, como prueba documental, sometida a contradicción y demás garantías procesales, lo que significa que su contenido puede ser impugnado por las partes. Ejemplos de prueba preconstituida lo constituyen los análisis de estupefacientes, la custodia y análisis de ADN, escuchas telefónicas, entrada y registro, métodos alcoholímetros, las grabaciones de videovigilancia, etc.<sup>45</sup>. Conviene advertir que según señala la doctrina procesalista<sup>46</sup> el valor probatorio de la prueba anticipada está condicionado a su

proceso", en GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Civil. I. El proceso de declaración. Parte General.*, 3ª ed., 2010, pág. 288 y 289.

<sup>43</sup> Vid. RIZO GÓMEZ, B. *La Anticipación...ob.cit.*, págs. 138 y 139.

<sup>44</sup> Así, QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 1268.

<sup>45</sup> Vid. GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal Penal...ob.cit.*, págs. 417 y sigs.

<sup>46</sup> Vid. ASENSIO MELLADO, J.M. *Prueba Prohibida y Prueba Preconstituida*, Madrid, 1989, pág. 176; PEDRAZ PENALVA, E. "La práctica probatoria anticipada y la denominada prueba preconstituida", *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 3, 1998, pág. 47.

irrepetibilidad, lo que significa que tiene un valor de prueba provisional en la medida en que si finalmente el testigo comparece al acto del juicio oral, la prueba que se valorará será la practicada en juicio oral y no la realizada anticipadamente. A los efectos del delito de falso testimonio, habrá que entender que la declaración falsa realizada como testifical o pericial anticipada consume el delito de falso testimonio, sin perjuicio de que si finalmente declarase en el acto del juicio de oral y lo hiciese verazmente entre en juego la retractación del art. 462 CP

A todo ello se añade la propia dicción del art. 715 LECri que, aunque limitado al ámbito del testigo, dispone que siempre que este sujeto hubiera declarado en fase sumarial y comparezca para prestar declaración por los mismos hechos en el juicio oral, sólo habrá lugar para proceder por falso testimonio cuando éste sea dado en dicho juicio. En cambio, otro nutrido grupo de comentaristas<sup>47</sup>, considera que la fase sumarial debe estar incluida dentro del ámbito típico del falso testimonio, pues aunque en ella sólo se realicen actividades de investigación dirigidas a la averiguación del delito e identificación del delincuente y no de prueba, lo cierto es que, por un lado, sirven para la preparación del juicio, determinando la apertura del juicio o el sobreseimiento y por otro, dan lugar a la adopción de medidas cautelares que pueden resultar perjudiciales para la persona (prisión provisional) o el patrimonio del imputado, por lo que las declaraciones falsas en dicha fase procesal pueden perturbar la función jurisdiccional<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Son de esta misma opinión, entre otros, BERNAL VALLS, J. *El Falso Testimonio... ob.cit.*, pág.46; QUINTERO OLIVARES, G. "Delitos contra la Administración...", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1915; MILLÁN GARRIDO, A. "El delito de...", *DJ*, nº 22, pág. 386; CÓRDOBA RODA, J. "Del falso testimonio", en *Comentarios...ob.cit.*, pág. 2274; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. "Responsabilidad penal...", *EPC*, pág.182; MARTÍNEZ RUÍZ, J. "La criminalidad de testigos...", *RDP*, pág. 57; CANCIO MELIA, M. "Del falso testimonio", en RODRIGUEZ MOURULLO, G./JORGE BARREIRO, A. (Dir./Coord.) *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1204; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 366 y 367, etc.

<sup>48</sup> En este sentido, QUINTERO OLIVARES, G. "Delitos contra la Administración...", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1917, considera una constatación de que esto es así la referencia expresa a las declaraciones prestadas ante comisiones rogatorias de Tribunales extranjeros, que se contiene en el art. 458.3 CP y que por definición inciden sobre la fase de investigación, no del juicio oral. Sin dejar de compartir la conclusión a la que llega este autor de estimar típicas las declaraciones falsas vertidas en fase de investigación sumarial, no faltaría quien considerase precisamente esta mención expresa una prueba de que aquella fase procesal no queda abarcada por el tipo. Aunque en tal caso resultaría, a mi modo de ver, difícilmente justificable el trato diferencial otorgado a los procedimientos ante Tribunales extranjeros frente a los que son de competencia de los Tribunales españoles. Por lo que hay que entender el

La Jurisprudencia, por su parte, considera condición *sine qua non* que la mendacidad sea vertida en el acto del plenario y en consecuencia que el falso testimonio se comete sólo en juicio oral, no en instrucción (SSTS 10770/1995, 5-6; 457/2007, 29-5). En este mismo sentido, si bien referido al testigo, la STS 1187/2005, 21-10 aprecia falso testimonio, al estimar falsa la retractación realizada en el juicio oral respecto de lo que se había manifestado ante la policía y el juez de instrucción. También estima falsa la retracción realizada en juicio oral SAP Toledo, Sección 1ª, 83/2007, 5-11. Sin embargo, las SSAP Sevilla, Sección 1ª, 214/2011, 9-5 y 140/2009, 19-2, admiten la posibilidad de falso testimonio en el sumario. Si bien, se rechaza la existencia del delito cuando la falsedad se produce en la fase sumarial sin posibilidad de declarar en el juicio oral, bien porque el autor reconoce los hechos (SAP Sevilla, Sección 1ª, 140/2009, 19-2) o bien por incomparecencia en aquel (SAP Málaga, Sección 3ª, 677/2005, 14-12). Tampoco se estima falso testimonio cuando las declaraciones se prestan en las diligencias previas, sin que se haya resuelto todavía el proceso penal en que se ha vertido el testimonio cuya falsedad se imputa (Auto AP Guipúzcoa, Sección 3ª, 124/2006, 5-6). En cualquier caso, quedan fuera del falso testimonio las declaraciones falsas en el atestado policial (STS 683/1995, 5-6). La Jurisprudencia también admitió la posibilidad de falso testimonio en ejecución de sentencia, sobre todo, respecto de los peritos (SSTS 17-2-1910, 8-4-1961).

El número 3 del art. 458 CP extiende la tipicidad del falso testimonio al que se presta ante los Tribunales Internacionales en virtud de Tratados debidamente ratificados conforme a la Constitución Española, así como ante las Comisiones rogatorias de Tribunales extranjeros. Los Tribunales Internacionales son instituciones jurisdiccionales que han sido creadas por tratados multilaterales o por resoluciones o acuerdos de organizaciones internacionales o regionales, que ostentan jurisdicción por encima de los Estados que suscribieron y ratificaron su creación. A este grupo pertenecen el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión europea, los Tribunales internacionales para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia o en Ruanda. De este grupo ha de excluirse la Corte Penal Internacional, respecto de la cual se ha tipificado expresamente el falso testimonio en el art. 471 bis CP. Advuértase que en aquellos casos se produce una aplicación extraterritorial de la ley penal española, en la medida que la deposición falsa se realiza en la sede física del Tribunal internacional. La persecución del delito en art. 458.3 CP como un refuerzo de que dicha fase está incluida en el tipo, como hace el profesor Quintero.

España dependerá de que el autor se encuentre en nuestro país, en particular si es español, lo que impedirá que pueda ser extraditado<sup>49</sup>. Si bien en el ámbito de la Unión Europea esta afirmación debe ser matizada por la aplicación de la Orden Europea de Detención y Entrega que permite solicitar a otro Estado miembro (se excluye a Noruega e Islandia, aunque formen parte del Acuerdo *Schengen*) la entrega para enjuiciamiento, siempre que se trate de delitos que lleven aparejada en la ley penal española una pena o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea, al menos, de 12 meses [art. 5.1. a) Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre orden europea de detención y entrega]. En el caso del falso testimonio la pena más leve, la del art. 458.1 CP, es una prisión de seis meses a dos años y multa de tres a seis meses, por lo que tendría cabida.

Las comisiones rogatorias son una manifestación de la cooperación judicial internacional. Se trata de un instrumento por el cual la autoridad judicial de un Estado (Estado requirente) solicita de la autoridad competente de otro Estado (Estado requerido) la ejecución, dentro del territorio de su jurisdicción, de un acto de instrucción o de otros actos judiciales, especialmente la práctica de una diligencia probatoria. La comisión rogatoria se convierte así en el medio para la obtención de pruebas en el extranjero. La extensión de la tipicidad afecta aquí a las comisiones rogatorias de jueces y tribunales extranjeros que solicitan de los jueces españoles que tomen declaración a testigos que residan en España. Las declaraciones testificales se prestarán, por tanto, en tales casos ante jueces y tribunales españoles, pero pertenecerán al proceso del que dimana la Comisión. No quedan comprendidas en el tipo las comisiones rogatorias remitidas por jueces y tribunales españoles a tribunales extranjeros. Las declaraciones falsas en estos casos, aunque formarán parte del proceso que se sigue en España no podrán ser perseguidas dado que el hecho se cometió fuera de España y no integra uno de los supuestos de aplicación extraterritorial de la ley española<sup>50</sup>. En el ámbito de la Unión Europea, la Orden Europea de Detención se refiere a las llamadas entregas temporales (art. 8 LO 3/2003, 14-3) que hacen posible, antes de resolver una entrega definitiva, “*el traslado temporal a España de la persona reclamada para la práctica de diligencias penales o la celebración de la vista oral, o bien ser autorizada ‘la autoridad judicial de ejecución’ para trasladarse al Estado de ejecución con el fin de tomar declaración a dicha persona*”.

<sup>49</sup> En este mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, G. “Delitos contra la Administración...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios... ob.cit.*, págs. 1916 y 1917.

<sup>50</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA, J. “Del falso testimonio”, en *Comentarios...ob.cit.*, pág. 2251.

b) *Faltar a la verdad*

La conducta típica consiste en faltar a la verdad en el dictamen pericial o en la traducción que se realiza ante el Juez o Tribunal. Así configurada la conducta parece que requiera una actuación positiva en la medida en que ha de manifestarse algo para que haya una declaración (dictamen, traducción), resultando controvertido si tiene cabida la omisión en forma de silencio. La respuesta debe ser negativa si por omisión se entiende una ausencia total de declaración, pues quien no dice nada no puede faltar a la verdad. En este sentido respecto del testigo, el art. 420 LECri ya señala, entre otras consecuencias, que en tales casos se podrá perseguir al testigo por delito de desobediencia grave<sup>51</sup>.

El problema surge cuando el sujeto omite o silencia determinada información que resultaría relevante para una adecuada comprensión de los hechos, ya sea en el dictamen o en la traducción o en la contestación a las preguntas que se le formulen. Entendemos con la Doctrina mayoritaria que es posible cometer falso testimonio y por tanto, faltar a la verdad de esta forma, a través de los silencios en la declaración prestada, en la medida en que dicha declaración es un acto comunicacional interpersonal –integrado, pues, por manifestaciones, silencios, gestos, etc.–, que debe ser valorada como un todo o en su conjunto<sup>52</sup>. Algo que viene avalado por la propia dicción legal en el art. 460 CP que castiga la alteración no sustancial de la verdad “*con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes*”.

Ahora bien, tales silencios no han sido considerados por la Doctrina como una verdadera omisión en el sentido jurídico penal del término, sino como parte de la acción positiva de declarar<sup>53</sup>. Ello es así, porque se sostiene que prestar declaración requiere siempre una conducta positiva. Se ha de faltar a la verdad en el testimonio, en el dictamen pericial o en la traducción<sup>54</sup>. Ahora bien, sin dejar de ser esto cierto, no es totalmente

<sup>51</sup> SANTANA VEGA, D. admite, sin embargo, la existencia de falso testimonio del tipo del art. 460, cuando el sujeto, compareciendo, se niega a declarar (“Del falso testimonio”, en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (Dirs.) *Comentarios al Código Penal, Reforma L.O. 5/2010*, Valencia, 2011, págs. 991 y 995).

<sup>52</sup> De esta opinión, TORÍO LÓPEZ, A. “Introducción...”, *RDProcesal*, pág. 53; MAGALDI PATERNOSTRO, M.J. *El falso testimonio...ob.cit.*, pág. 66 y sigs.; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 1266; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 954 y 955; GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra la Administración...”, en *Sistema de... ob.cit.*, pág. 1038.

<sup>53</sup> MAGALDI PATERNOSTRO, M.J. *El falso testimonio...ob.cit.*, pág. 70; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El falso testimonio... ob.cit.*, pág. 383 y 384.

<sup>54</sup> En este sentido, TORÍO LOPEZ, A. “Introducción al falso...”, *RDProcesal*, pág. 52; CÓRDOBA RODA, J. “Del falso testimonio”, en *Comentarios...ob.cit.*, págs. 2244 y 2247.

preciso, ya que al sujeto no se le castiga por declarar sino por faltar a la verdad. Este es el núcleo del injusto típico del falso testimonio. Con ello, lo que quiere manifestarse es que la conducta típica no consiste tanto en declarar (una acción) como en faltar a la verdad en la declaración (una omisión), esto es, en infringir una prescripción o mandato, la de ser veraz (deber de veracidad), que va aparejada a la de declarar ante el juez. El deber de colaborar con la Administración de Justicia que impone el art. 118 CE se concreta aquí, ante la situación típica, en el de ser veraz en la declaración o en el informe que se presenta ante el juez. No estamos, por tanto, ante un delito de acción, sino de omisión, que se comete cuando no se realiza la acción esperada por el Ordenamiento jurídico (decir la verdad) ante la situación típica (declaración testifical, informe pericial, traducción), ya sea porque se silencia algo relevante que distorsiona la realidad o porque se manifiesta algo que no concuerda con ésta<sup>55</sup>.

No obstante, algún autor parece considerar la omisión como una modalidad típica distinta de la acción<sup>56</sup> o incluso como una verdadera comisión por omisión<sup>57</sup>.

En mi opinión, sin embargo, no es posible una comisión por omisión porque estamos ante un delito de mera actividad y no de resultado como exige el art. 11 CP. No se trata aquí de imputar la no evitación de un resultado –una resolución judicial injusta–, sino de determinar si se ha faltado o no a la verdad en la declaración ante el juez. Se trata de una omisión pura o propia.

---

<sup>55</sup> En este sentido, si bien referido al falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación, SESSANO GOENAGA, J.C. se refiere, siguiendo la terminología de Jakobs, a la existencia de un deber positivo derivado de una relación de competencia institucional (vid. “Responsabilidad por organización y responsabilidad institucional. Una aproximación a la distinción dogmática propuesta por JaKobs, a través del ejemplo de los delitos de incomparecencia y de falso testimonio ante las comisiones parlamentarias de investigación”, en *Revista Electrónica de ciencia Penal y Criminología*, 08-03 (2006), págs. 8, 13, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recp/08/recpc08-03-pdf>

<sup>56</sup> Vid. MILLÁN GARRIDO, A. “El delito....”, en *DJ* nº 22, pág. 381; BENLLOCH PETIT, G. “Delitos contra la Administración de Justicia”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) *Lecciones de Derecho penal, Parte Especial*, Barcelona, 2011, pág. 373.

<sup>57</sup> Cfr. GÓNZALEZ RUS, J.J. se refiere a la existencia de comisión por omisión (“Delitos contra la Administración...”, *ob.cit.*, pág.1038), posibilidad que sin embargo es rechazada por MAGALDI PATERNOSTRO, M.J. *El falso testimonio...ob.cit.*, porque difícilmente puede apreciarse que el testigo ostenta una posición de garante respecto al bien jurídico protegido (que para la autora se cifra en la preservación de los fines del proceso), sobre todo, porque en un sistema de libre valoración de la prueba ni siquiera la autodenuncia garantiza un determinado fallo. Ello aparte de que se trata de un delito de mera actividad, en el que por definición no es posible la comisión por omisión.

A partir de aquí la cuestión central, común a todos los delitos de falso testimonio, es determinar cuándo se falta a la verdad, o dicho de otra manera, conforme a qué verdad, la percibida por el sujeto o la material, se decidirá si lo declarado es falso. Desde una concepción objetiva de la falsedad ésta se produce cuando hay una contradicción entre lo declarado por el sujeto y la realidad, mientras que para una concepción subjetiva lo determinante es que lo manifestado no coincida con lo percibido por el sujeto, con lo que el sujeto cree que sucedió (concepción subjetiva).

Aunque algunos autores<sup>58</sup> se manifiestan partidarios de la concepción subjetiva, la opinión doctrinal mayoritaria<sup>59</sup>, a la que me adhiero, se identifica con una concepción objetiva de la falsedad, aunque ello suponga, en principio, considerar típicos los casos en que el sujeto declara aquello que cree cierto aunque no se corresponda con la realidad, lo que se resolverá en el tipo subjetivo. Por su parte, VIVES ANTON propone una concepción mixta que exigiría para apreciar la falsedad típica que exista una discordancia tanto entre lo manifestado y la realidad como con los conocimientos subjetivos del testigo<sup>60</sup>. A mi modo de ver, este enfoque confunde los planos objetivo y subjetivo del tipo. La Jurisprudencia mayoritariamente aplica una concepción objetiva de la falsedad (SSTS 318/2006, 6-3; 265/2005, 1-3; 172/2005, 14-2; 1624/2002, 21-10; Auto AP Sevilla, Sección 1ª, 524/2009, 10-7; etc.). Aplica una concepción subjetiva la SAP Zaragoza, Sección 3ª, 43/2010, 11-10, en la que se indica: “la falsedad de sus declaraciones se valorará en función de lo que cada uno conozca, por lo que, no puede considerarse falso algo que objetivamente así sea, pero el sujeto declarante considere como verdadero”.

<sup>58</sup> Vid. JIMÉNEZ ASENJO, E. “Falso testimonio”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo IX, Barcelona, 1982, págs. 530 y sigs.; BERNAL VALLS, J. *El Falso Testimonio... ob.cit.*, págs. 106 y sigs.; el mismo, “El falso testimonio: cuestiones...”, en *AAVV Delitos contra...ob.cit.*, págs. 222 y 223; GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra la Administración...”, en *Sistema de... ob.cit.*, pág. 1037; BENEYTEZ MERINO, L. en CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (Dir.) *Código Penal Comentado*, Barcelona, 2004, págs. 1335 y 1336.

<sup>59</sup> En este sentido, TORÍO LÓPEZ, A. “Introducción...”, *RDPprocesal*, pág. 58, para quien la lesión de la verdad es lo decisivo para el tipo objetivo y la lesión de la veracidad lo determinante del tipo subjetivo; QUINTERO OLIVARES, G. “Delitos contra la Administración...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios... ob.cit.*, pág.1913; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal...ob.cit.*, pág.955; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Responsabilidad penal...”, *EPC.*, pág. 183; CÓRDOBA RODA, J. “Del falso testimonio”, en *Comentarios...ob. cit.*, pág. 2245; MAGALDI PATERNOSTRO, M.J. *El falso testimonio...ob.cit.*, pág. 74; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El falso testimonio...ob.cit.*, págs. 431 y sigs.

<sup>60</sup> Vid. VIVES ANTÓN, T.S. “Del falso testimonio...”, en *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1919; también MARTÍNEZ RUÍZ, J. “La criminalidad...”, *RDP*, pág. 53.



En principio, el parámetro de la verdad objetiva vendrá dado por lo declarado judicialmente en la sentencia del procedimiento principal, pero no debe llevar a pensar como ha hecho una corriente jurisprudencial, que la prueba ya no puede versar sobre esta cuestión cuando se enjuicia si existe o no falso testimonio (así SAP Vizcaya, Sección 6ª, 198/2005, 13-4; SAP Barcelona, Sección 7ª, 1019/2004, 15-11; SAP Cádiz, Sección 1ª, 390/2009, 22-10; SAP Sevilla, Sección 1ª, 214/2011, 9-5 coinciden en considerar que la prueba deberá limitarse a otros extremos como la constatación del dolo, causas de justificación, etc.). Otra corriente jurisprudencial, en cambio, entiende que la falsedad objetiva ha de ser acreditada en el nuevo proceso de manera autónoma o independiente de lo que fue declarado probado en el proceso principal, en el que se vertió el falso testimonio, que ahora es objeto de enjuiciamiento (SAP Burgos, Sección 1ª, 111/2005, 10-6; SAP Cantabria, Sección 1ª, 2099/2005, 1-7; SAP Cáceres, Sección 2ª, 111/2005, 2-9; SAP Sevilla, Sección 1ª, 140/2009, 19-2; SAP Barcelona, Sección 7ª, 387/2000, 12-5).

En cualquier caso, la falsedad tiene que ser idónea, esto es, esto es, revestir apariencia de veracidad, de manera que sea tenga idoneidad *ab initio* de ser creída. En otro caso, no podrá apreciarse ni siquiera un peligro abstracto para el bien jurídico protegido. Por ello, la falsedad burda, la mentira evidente o lo que no engaña a nadie queda excluido del tipo, aunque recaiga sobre aspectos esenciales al proceso<sup>61</sup>. En este sentido, de manera errónea la SAP Málaga, Sección 7ª, 26/2007, 8-3 ha entendido que no constituye una alteración relevante de la realidad la declaración del testigo en Juicio Oral que niega haber visto utilizar al culpable de lesiones un arma blanca, pues era obvia la utilización de dicha arma por otros datos. No compartimos esta conclusión pues la peligrosidad que se exige en el tipo es de carácter abstracto. No se trata de que la declaración falsa haya puesto o no en peligro el contenido del fallo por existir otras pruebas, sino de que sea idónea en abstracto para incidir en el resultado del proceso, lo que se examina *ex ante* y aislado de otro material probatorio. De otra manera la existencia del delito se haría depender de que en el caso concreto concurrieran o no otros elementos de prueba a los que eventualmente el juez pueda llegar a conceder mayor peso. La SAP Madrid, Sección 1ª, 531/2007, 23-11, sanciona con la pena mínima en

---

<sup>61</sup> En este mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, G. "Delitos contra la Administración...", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios... ob.cit.*, pág. 1911, refiriéndose a la eficacia del testimonio, peritaje o traducción. MAGALDI PATERNOSTRO, E.V. lo consideraba punible como delito imposible o tentativa inidónea conforme a la regulación del derogado CP 1973 (cfr. *El falso testimonio...ob.cit.*, pág. 75).

atención a la nula transcendencia de la declaración testifical que niega que la víctima presentara lesión alguna “cuando quedó acreditado que sufrió una lesión en la oreja izquierda que le hizo perder un 25% de la misma”.

Finalmente, la declaración falsa tiene que constituir una alteración sustancial de la verdad, pues la alteración no sustancial a través de reticencias, inexactitudes, silencio de datos o hechos relevantes se castiga en el art. 460 CP. Lo que deba entenderse por alteración sustancial de la verdad resulta controvertido. Para algunos autores<sup>62</sup> dependerá de cuál sea el objeto de la falsedad: si recae sobre extremos esenciales (identidad del autor, su participación en los hechos, hechos que fundamentan la condena, etc.) o accidentales (circunstancias atenuantes, agravantes, responsabilidad civil, etc.) o incluso ajenos al objeto del proceso, pero siempre que puedan incidir en la valoración de la prueba como las relaciones de parentesco o amistad con las partes<sup>63</sup>. En cambio, para otros<sup>64</sup> este elemento se refiere a la manera en la que se produce la deposición falsa: bien directamente, de manera inequívoca o completamente falsa o bien por medio de silencios, inexactitudes o reticencias. Adviértase que desde esta perspectiva tanto en el tipo básico como en el atenuado la falsedad ha de afectar a aspectos esenciales para el objeto del proceso. Estimo más acertada esta última interpretación, pues de una parte se evitan las lagunas de punibilidad a que conduce la otra teoría, en la medida en que la alteración no sustancial de la verdad ha de realizarse por medio de reticencias, inexactitudes o silencios; y de otra parte, porque resulta difícil

---

<sup>62</sup> Así MAGALDI PATERNOSTRO, M.J. considera que hay una alteración sustancial cuando se afirma la existencia de hechos que no han ocurrido, o que habiendo ocurrido no han sido cometidos por el sujeto al que se atribuyen, o se omite la concurrencia de una causa de justificación o de inculpabilidad (*El falso testimonio...ob.cit.*, págs. 77 y sigs.); en el mismo sentido, CÓRDOBA RODA, J. “Del falso testimonio”, en *Comentarios...ob.cit.*, pág. 2246 y 2247; BENLLOCH PETIT, G. en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.) *Lecciones de Derecho penal...ob.cit.*, pág. 373.

<sup>63</sup> En este sentido, QUINTERO OLIVARES, G. advierte de la dificultad de que algo no sustancialmente falso ponga en peligro la culminación del proceso, insistiendo acertadamente en que el tipo exige siempre la constatación de este peligro, de manera que no toda falta de verdad no sustancial es típica (“Delitos contra la Administración...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1922).

<sup>64</sup> Vid. BERNAL VALLS, J. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 168 y 169, refiriéndose a una alteración sustancial como falsedad total y una alteración no sustancial como falsedad parcial, en la que la verdad está intacta en su aspecto nuclear; en el mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra la Administración...”, en *Sistema de... ob.cit.*, pág. 1043; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. quien distingue entre esencialidad y sustancialidad de la declaración falsa (vid. *El falso testimonio...ob.cit.*, págs. 441 y sigs.).

delimitar en la práctica cuales sean los aspectos esenciales y cuáles los accidentales de la declaración, sin olvidar que de la apreciación de una circunstancia puede derivarse una agravación o atenuación de la pena muy relevante.

La SAP Las Palmas, Sección 6ª, 1/2008, 10-1 consideró que faltar sustancialmente a la verdad implica mentir en aquello que se le pregunta al testigo, lo que el acusado no hace, “porque no niega la existencia del documento, ni que lo firmara sino “haberlo redactado o hecho llegar al Sr. Lucas “. La STS 739/2006, 28-6 sanciona el falso testimonio de quien afirma ser testigo de un accidente de circulación inexistente.

c) *El dictamen pericial y la traducción: la apreciación de su falsedad*

El dictamen pericial es una prueba de carácter personal que aporta unos conocimientos artísticos, técnicos, prácticos o científicos de los que carecen las partes y el juzgador sobre determinados hechos relevantes en el proceso.

La peculiaridad del dictamen pericial reside en su carácter eminentemente valorativo al expresar la opinión técnica sobre unos hechos, lo que puede dificultar la delimitación de su falsedad. En este sentido, el contenido del dictamen pericial comprende la descripción del objeto a peritar, la relación de las operaciones técnicas efectuadas y las conclusiones obtenidas o dictamen (art. 478 LECri). Existe, pues, una parte descriptiva, en la que se da cuenta de la persona o cosa objeto del peritaje en el estado o del modo en que se halla y de las operaciones técnicas realizadas, propias de su profesión o conocimientos especializados, y del resultado al que han llevado; y otra parte valorativa, en la que se expresan las conclusiones que constituye la opinión pericial solicitada.

La falsedad será más fácilmente constatable cuando se alteren los datos objetivos, fácticos o relativos a las operaciones técnicas realizadas, o los resultados que de manera lógica tienen que deducirse de aquellos conforme a la *lex artis* correspondiente. Este es el núcleo de verdad que puede ser objeto de nuevo peritaje y al que algunos autores<sup>65</sup> y la Jurisprudencia limitan el tipo. En este sentido, la STS 28-5-1992 excluye del tipo los pareceres u opiniones técnicas, aunque se aparten de lo que entiende la generalidad de los expertos; la Jurisprudencia tampoco aprecia delito cuando no se advierten contradicciones entre el informe y las reglas de la *lex artis* de la profesión (Auto AP Murcia, Sección 3ª, 71/2006, 3-5). Pero basta con

---

<sup>65</sup> Vid. MAGALDI PATERNOSTRO, M.J. *El falso testimonio...ob.cit.*, págs. 87 y 88.

que la motivación sea arbitraria o que se hayan tergiversado las bases fácticas del informe para que haya delito (STS 2-11-2006); también cuando se conoce el valor del buque por haberlo asegurado meses antes por un valor superior y se tasa en el informe pericial por uno notoriamente inferior al real (STS 362/2002, 28-2); o cuando se valoran los bienes inmuebles en proceso civil por debajo de su valor real (STS 99/1998, 30-1). No se aprecia el delito cuando el dictamen pericial no contiene “*conceptos contrarios desde el punto de vista técnico a la verdad objetiva, considerando como tal la que nace del contraste de las periciales escuchadas en el juicio oral*” (STS 145/2009, 18-2).

En cambio, suele considerarse que la apreciación de la falsedad en la parte valorativa resulta más compleja, ya que se entiende que entra dentro del terreno de las teorías o de la controversia científica. Por ello algunos autores consideran que la falsedad comienza “*a partir de la línea que separa lo científico o pericialmente opinable de lo que es insostenible bajo cualquier óptica*”<sup>66</sup>. Expresa esta misma idea, el Auto AP Islas Baleares, Sección 1ª, 100/2008, 10-4. Es cierto que la discrepancia entre diversos peritajes no debe llevar a la conclusión de que uno de ellos sea falso, pues la discrepancia en principio no es punible, sobre todo si se trata de una cuestión opinable o controvertida. Ahora bien, como ha señalado PÉREZ GIL, esta estricta separación entre hechos y valoraciones científicas en la prueba pericial pierde relevancia cuando se incorporan al objeto de la prueba las condiciones y el método científico con el que se han alcanzado determinados resultados, de manera que son tratados como hechos que habrán de ser también acreditados, sometiéndose también a contradicción<sup>67</sup>. En este sentido será relevante si la técnica o el método empleado es o no el usado generalmente por la comunidad científica, cuál es su tasa de error, si es un método contrastado o no, si ha sido revisado o no por otros científicos, si viene o no avalado por publicaciones científicas, si existen opiniones eventualmente contrapuestas, etc. Se trata en definitiva de incidir sobre la fiabilidad de la prueba pericial, sometiendo a contradicción la calidad del conocimiento científico que se quiere traer al proceso<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> QUINTERO OLIVARES, G. “Delitos contra la Administración...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios...ob.cit.*, págs. 1918 y 1919; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Responsabilidad penal...”, en *EPC*, pág. 184.

<sup>67</sup> Vid. ampliamente, PÉREZ GIL, J. *El Conocimiento Científico...ob.cit.*, pág. 72 y sigs.

<sup>68</sup> Cfr. PÉREZ GIL, J. *El Conocimiento Científico...ob.cit.*, págs. 174 y sigs.

La Jurisprudencia, sin embargo, no parece seguir esta perspectiva. Así la STS 800/2008, 26-11 declara que la contradicción del informe presentado con los de otros peritos no implica falsedad; también STS 265/2005, 1-3 que manifiesta que la mera discrepancia científica entre informes periciales o el desacuerdo no motiva el delito; en el mismo sentido el Auto AP Girona, Sección 3ª, 483/2010, 4-11, Auto AP Guipúzcoa, Sección 2ª, 2018/2007, 26-2, respecto de informes médicos sobre aparición de malformaciones congénitas en una recién nacida; el Auto AP Madrid, Sección 3ª, 5/2007, 9-1; o la SAP Islas Baleares, Sección 2ª, 50/2006, 21-6.

A esta visión jurisprudencial quizás haya contribuido el hecho de que el Legislador parte de la existencia de varios peritos (arts. 335 y sigs. LEC), concretamente en el proceso penal se requieren, al menos, dos (art. 459 LECri). Esto es, se presupone legalmente un cierto sesgo o parcialidad cuando el informe pericial se aporta a instancia de una de las partes, mientras que si proviene de un órgano de auxilio judicial (médico forense, por ejemplo) goza de mayores notas de imparcialidad. En este sentido la STC 60/2007, 26 de marzo ha manifestado que el perito de parte es objetivamente parcial.

Ahora bien, aun admitiendo estos sesgos de mayor o menor imparcialidad en función de la fuente de la que provenga el conocimiento experto que se trae al proceso, el presentar un parecer minoritario en un dictamen pericial, sin advertir de este extremo, puede llevar al juez a una convicción equivocada o errónea respecto a lo que es objeto del peritaje, y a nuestro modo de ver debe quedar incluido en el tipo<sup>69</sup>. En definitiva, si se presentan estas conclusiones como algo incontrovertido o como la opinión general o común de la ciencia o del arte se produce una alteración de la verdad punible. No puede entenderse de otra manera la exigencia legal de actuar con la mayor objetividad posible (art. 335.2 LEC y art. 474 LECri). A la misma conclusión ha de llegarse cuando se oculta la tasa de error de la metodología empleada o cuando se excluyen los datos contrarios a los intereses de la parte que asesora o se mutilan interesadamente los trabajos científicos que se citan, etc. Es por ello que las condiciones y el método empleado en el peritaje deben ser tratados también como hechos y no como meras valoraciones.

El problema estará en la existencia de dolo, pues en muchos casos la inexistencia del delito se produce por la ausencia de dolo y la falta de

---

<sup>69</sup> En este sentido también DE URBANO CASTRILLO, E. "El falso testimonio del perito", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 563, 30-1-2003, pág. 2, indicando que para la no punición debe exigirse que advierta al juez de que su parecer se desvía del de la comunidad científica y una fundamentación más rigurosa.

tipificación de la imprudencia en el falso testimonio, una opción político criminal que debería revisarse respecto del perito o intérprete. Así, el Auto AP Islas Baleares, Sección 1ª, 98/2008, 10-4, indica que “*no se considera falsedad penal una desacertada opinión científica*”, siempre que se deba a falta de pericia, negligencia, formación, capacidad de quien dictamina.

En cualquier caso, el objeto de la acción es tanto el dictamen escrito como las aclaraciones, explicaciones o contestación a las preguntas que se formulan al perito en el acto del juicio oral, por lo que las falsedades en tales manifestaciones también resultan típicas.

No se aprecia falso testimonio en el perito que yerra en la valoración de una finca, por falta de concreciones relativas a la misma, consignadas explícitamente en el informe, ya que partía de la insuficiencia de datos aportados para su valoración (STS 124/2003, 29-1).

En cuanto a las traducciones, la constatación de la falsedad resultará también difícil, dado que no siempre existe una única solución o forma de decir las cosas. La traducción no siempre es literal, pudiendo servirse de términos semejantes. Lo importante será que mantenga el sentido o significado de lo manifestado, de manera que la falsedad se producirá cuando lo dicho por el intérprete sea totalmente diverso o contrario a lo declarado por el testigo o el acusado, esto es, cuando no exista correspondencia con la esencia de lo declarado.

### 3.3. ELEMENTO SUBJETIVO

La exigencia típica de que la conducta se realice “*maliciosamente*” lleva de forma unánime en la Doctrina a requerir dolo directo, excluyendo la posibilidad de dolo eventual<sup>70</sup>. En consecuencia, los errores o inexactitudes por falta de diligencia, de formación o de capacidad del perito o del intérprete quedan fuera del tipo. Así, cuando emite informe médico según su leal saber y entender (STS 1483/2005, 2-11; SAP Murcia, Sección 1ª, 10/2006, 6-3), o emite informe sobre distancias entre edificios difícil de determinar, por lo que el error no supone una falta maliciosa de la verdad (STS 514/2007, 5-6), o cuando se emite pericial psicológica que recoge una desacertada opinión científica, pues el dolo “*es diferente a la negligencia, poca capacidad, formación, criterio o pericia de quien dictamina*” (Auto AP Islas Baleares, Sección 1ª, 98/2008, 10-4); tampoco cuan-

<sup>70</sup> Entre otros, GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra la Administración...”, en *Sistema de...ob.cit.*, pág. 1039; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El falso testimonio...ob.cit.*, pág. 472; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 956, etc.

do el informe pericial es de menor corrección que el formulado por el perito judicial, sin que pueda calificarse de insostenible (Auto AP Murcia, Sección 3ª, 24/2008, 18-1).

Estos y otros casos que se sufren diariamente en los Juzgados, no ya sólo en relación con los peritos de parte, sino también con los llamados “peritos oficiales” que parecen saber de todo, aunque luego no sea así (no hay más que pensar en el mediático caso de los niños de Córdoba) llevan a cuestionarse si la intervención penal debe limitarse en el falso testimonio del perito al dolo directo. A nuestro modo de ver, si el perito es llamado al proceso para proporcionar un conocimiento científico que el juez no posee sería sumamente recomendable que se le exigiera penalmente un deber de cuidado en la elaboración de su dictamen, incriminando la imprudencia grave o al menos los casos de dolo eventual. En este último punto resulta llamativo que la intervención penal al dolo directo para el perito, mientras que respecto del testigo tenga cabida en el tipo el dolo eventual, siendo como es más peligroso para el bien jurídico protegido un falso peritaje imprudente que un falso testimonio imprudente, precisamente por el tipo de conocimiento que proporciona en el proceso y la mayor dependencia del juzgador con dicha información. Si respecto del testigo lo aconsejable es no tipificar la imprudencia, pues los mecanismos psicobiológicos de la memoria no son de fácil control por el individuo, respecto del perito resulta más que aconsejable exigir penalmente unos mínimos niveles de diligencia en la elaboración de una pericia.

No se requiere un especial elemento subjetivo de la autoría diverso del dolo (propósito de beneficiar a una de las partes), basta con que el sujeto fuera consciente de la tergiversación de valor de las fincas tasadas (STS 727/1995, 5-6). Se aprecia la existencia de dolo “*si el acusado era consciente de que el valor del buque, que tasó en ochenta millones de pesetas, no era inferior a ciento veinte millones, su conciencia de la diferencia entre lo conocido y lo expresado se identifica con el dolo falsario*” (STS 362/2002, 28-2), o si se mantiene la apreciación técnica a pesar de dos claros errores cometidos (Auto AP Tarragona, Sección 4ª, 220/2008, 25-3); no se aprecia cuando no se acreditó que el perito realizara una valoración inferior con conciencia de su falsedad (STS 537/1998, 3-4); tampoco cuando el arquitecto técnico declara sobre la existencia de una chimenea homologada dentro de otra existente comprobada en su visita al local, siendo quitada aquella posteriormente por el titular de la cafetería (SAP Jaén, Sección 2ª, 170/2010, 30-11).

#### 4. TIPOS AGRAVADOS (ART. 458.2 CP)

Son dos las circunstancias recogidas en el art. 458.2 CP que agravan la responsabilidad tanto del testigo como la del perito e intérprete: una, que la conducta típica se haya producido en contra de reo en causa criminal por delito y otra, que haya recaído sentencia condenatoria a consecuencia del testimonio falso (pena superior en grado: prisión de tres a cuatro años y seis meses y multa de doce a dieciocho meses).

##### 4.1. FALSO TESTIMONIO EN CONTRA DEL REO EN CAUSA CRIMINAL POR DELITO

Supone una pena de prisión de uno a tres años más una multa de seis a doce meses.

Por causa criminal se entiende el proceso dirigido a dirimir la responsabilidad penal de quien hubiere intervenido en unos hechos considerados delictivos, incluyéndose aquí los llevados ante los Tribunales de Jurado o los Juzgados de Menores.

El tipo agravado sólo comprende las causas criminales por delito. Esta referencia al delito lo es en su sentido estricto, excluyendo, por tanto los procedimientos penales por faltas, que se sancionarán por el tipo básico. El problema se planteará cuando se comience instruyendo la causa por delito siendo posteriormente transformada en falta. A mi modo de ver habrá de aplicarse el tipo básico, por ser la solución más favorable al reo, aunque algún autor ha entendido aplicable el tipo agravado, salvo que el testimonio fuera repetido en el juicio de faltas<sup>71</sup>.

Asimismo se discute si debe aplicarse el tipo agravado cuando la falsedad de la declaración afecta a la responsabilidad civil en una causa criminal seguida por delito. Dejando a un lado las dificultades prácticas de separar lo que forma parte exclusiva de la responsabilidad civil de lo que es relevante para la responsabilidad penal, la respuesta pasa por considerar el fundamento de esta agravación. En un falso testimonio prestado en causa criminal el peligro de alterar el resultado de proceso incide sobre bienes jurídicos más importantes, precisamente aquellos que se verían afectados por una eventual condena o agravación de la pena. En este sentido, la STS 318/2006, 6-3 declara que la mayor pena se debe a las privaciones o restricciones de derechos, incluso fundamentales, que podrían derivarse de una condena provocada por la declaración falsa. Con lo que una deposición falsa que afectase exclusiva-

---

<sup>71</sup> Vid. BERNAL VALLS, J. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 45.



mente a la responsabilidad civil debería permanecer en el ámbito del tipo básico<sup>72</sup>.

Además la declaración testifical debe realizarse en contra del reo, por lo que las realizadas a favor de reo forman parte del tipo básico. La mayoría doctrinal interpreta esta exigencia en clave objetiva, entendiendo que engloba aquellas manifestaciones falsas que pueden fundamentar su culpabilidad o agravarla<sup>73</sup>, pero también las aportaciones falsas que pueden impedir la apreciación de atenuantes o de eximentes<sup>74</sup>. CÓRDOBA RODA considera que además de esta idoneidad para perjudicar al sujeto requiere también la voluntad de producir tal perjuicio<sup>75</sup>. A mi modo de ver, esto no es algo diferente del dolo, que en este tipo agravado requiere conocer y querer que lo declarado perjudique o puede perjudicar al reo (STS 1624/2002, 21-10-2002). La Jurisprudencia, en cambio, lo interpretó de forma subjetiva, estimando suficiente con el propósito del testigo de perjudicar (SSTS 20-5-1963, 3-2-1967), aunque la más reciente lo hace en clave objetiva, sin exigir elemento subjetivo alguno (STS 727/1995, 5-6, respecto de una declaración a favor de reo; y 99/1998, 30-1, respecto de una declaración en perjuicio de reo).

Por reo se entenderá la persona inculpada, acusada o procesada, aun cuando no hubiera sido todavía personalmente identificada (<sup>76</sup>). Si la declaración falsa se dirige contra un tercero distinto del reo no integrará este tipo agravado, sino, en su caso, el tipo básico de falso testimonio o un delito de acusación o denuncia falsa.

---

<sup>72</sup> De esta opinión, TORÍO LÓPEZ, A. "Introducción al... ", *RDProcesal*, pág. 49; MILLÁN GARRIDO, A. "El delito....", en *DJ* n° 22, pág. 411; MAGALDI PATERNOSTRO, M.J. *El falso testimonio...ob.cit.*, págs. 82 y 177; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El falso testimonio...ob.cit.*, págs. 627 y 628. En contra, considerando causa criminal LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Manual de Derecho...ob.cit.*, págs. 48 y 49.

<sup>73</sup> CÓRDOBA RODA, J. "Del falso testimonio", en *Comentarios...ob.cit.*, pág. 2251, excluye sin embargo de este tipo la falsa atribución de circunstancias de agravación.

<sup>74</sup> Vid. entre otros, GONZÁLEZ RUS, J.J. "Delitos contra la....", en *Sistema de...ob.cit.*, pág. 104; QUINTERO OLIVARES, G. "Delitos contra la Administración...", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1915; VIERA MORANTE, F.J. "El falso testimonio...", *CDJ*, pág. 266; GRINDA GONZÁLEZ, J. "El falso testimonio", en HERNÁNDEZ GARCÍA, J./GOYENA HUERTA, J./GRINDA GONZÁLEZ, J./MUÑOZ CUESTA, J. *Los delitos contra...ob.cit.*, pág. 228.

<sup>75</sup> Cfr. CÓRDOBA RODA, J. "Del falso testimonio", *Comentarios...ob.cit.*, pág. 2250.

<sup>76</sup> Vid. CÓRDOBA RODA, J. "Del falso testimonio", *Comentarios...ob.cit.*, pág. 2249; BERNAL VALLS, J. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 138.

## 4.2. SENTENCIA CONDENATORIA RECAÍDA A CONSECUENCIA DEL FALSO TESTIMONIO

La exigencia de que la sentencia condenatoria recaiga a consecuencia de la declaración falsa limita este tipo agravado a aquellas falsedades que pueden fundamentar la responsabilidad del sujeto como autor o partícipe o que impiden apreciar una causa de exención de dicha responsabilidad penal, excluyendo ahora las que tan sólo inciden en una agravación de la misma.

Resulta controvertida en la Doctrina la naturaleza jurídica que se atribuye a la sentencia condenatoria. Un importante sector doctrinal<sup>77</sup> se ha decantado por considerar que este elemento es el resultado típico del delito en cuanto que constituye la materialización del riesgo que conlleva una declaración falsa en contra del reo en causa criminal por delito. Por lo que será necesario comprobar la existencia de nexo causal entre dicha declaración falsa y la sentencia condenatoria, algo a lo que parece aludir el texto legal al requerir que ésta se produzca a consecuencia de aquella. Además, desde el punto de vista subjetivo, es preciso que dicho resultado sea también abarcado por el sujeto, al menos, con dolo eventual<sup>78</sup>.

Otro relevante sector doctrinal<sup>79</sup>, con el que me identifico, considera que la sentencia condenatoria constituye una condición objetiva

<sup>77</sup> GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad en el Derecho penal*, Elcano, 1997, pág. 245; QUERALT JIMÉNEZ, J. *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 1271; CALLE RODRÍGUEZ, M.V. "Acción de prestar...", *La Ley*, pág. 1419; lo configura como delito cualificado por el resultado en el que al menos el resultado cualificante debe ser abarcado con dolo eventual FARALDO CABANA, P. "Falsas condiciones objetivas de punibilidad en los delitos contra la Administración de Justicia", en QUINTERO OLIVARES G./MORALES PRATS, F. (Coords.) *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano, 2001, págs. 1315 y 1316; parece ser de la misma opinión MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal...ob.cit.* pág. 959, que exige también al menos dolo eventual respecto de la cualificación.

<sup>78</sup> GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad...ob.cit.*, 1997, pág. 245; FARALDO CABANA, P. "Falsas condiciones objetivas...", en QUINTERO OLIVARES G./MORALES PRATS, F. (Coords.) *El Nuevo Derecho...ob.cit.*, pág. 1316.

<sup>79</sup> Vid., MILLÁN GARRIDO, A. "El delito...", *DJ*, nº 22, pág. 133; MAGALDI PATERNOSTRO, M.J. *El falso testimonio...ob.cit.*, pág. 145, que lo califica como condición objetiva de punibilidad impropia; como condición objetiva cualificadora, no fundamentadora de la pena, QUINTERO OLIVARES, G. "Delitos contra la Administración...", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1916; GONZÁLEZ RUS, J.J. "Delitos contra la Administración...", en *Sistema de... ob.cit.*, pág. 1040; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. "La retractación en el delito de falso testimonio", en QUINTERO OLIVARES G./MORALES PRATS, F. (Coords.) *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muniz*, Elcano, 2001, págs. 1409 y 1410; MARTÍNEZ RUÍZ, J. "La criminalidad...", *RDP*, pág. 57; PALOMO DEL ARCO, A. "Del falso testimonio", en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.) *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1698; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M. *El falso testimonio...ob.cit.*, págs. 637 y 638.

de punibilidad de carácter impropio, dado que no fundamenta la punibilidad sino que tan solo la agrava. El hecho ya es punible en base al primer inciso del art. 458.2 CP, aunque no recaiga sentencia condenatoria. Se evita así la necesidad de probar aquella relación de causalidad, difícil de constatar en un sistema de libre apreciación de la prueba en el que la resolución judicial se presenta como un hecho futuro e incierto, independiente de la voluntad del autor. El que se dicte finalmente una sentencia condenatoria no depende directamente de la acción del agente, sino de la de un tercero, el juez. Lo que no quiere decir que el dolo no deba abarcar la posibilidad de que con la falsedad se podía influir en el resultado del proceso, perjudicando al reo<sup>80</sup>. Desde esta perspectiva, la exigencia de que la sentencia condenatoria se produzca a consecuencia de la declaración testifical supone que el fallo en alguna medida tenga en cuenta dicha prueba, lo que requerirá que esto venga de algún modo reflejado en la motivación de la sentencia o en los hechos probados (STS 525/2005, 7-4).

Adviértase que si la sentencia condenatoria se configura como resultado del delito, éste no se consumará y con ello la prescripción no comenzará a correr hasta ese momento; mientras que como condición objetiva de punibilidad, el delito ya se habrá perfeccionado en el momento en que se produjo la deposición falsa, sin necesidad de esperar a la sentencia condenatoria, cuya concurrencia sólo significará una agravación de la pena que ampliará el plazo de prescripción ya iniciado.

En cualquier caso, la sentencia condenatoria no tiene que ser firme. De otra manera habría que esperar a este momento para entender consumado el delito o para agravarlo, según se considere a este elemento, respectivamente, resultado del delito o condición objetiva de punibilidad<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> A ello se refiere QUINTERO OLIVARES, G. "Delitos contra la Administración...", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1916, considerando que la infracción del deber de veracidad es sólo una parte del tipo subjetivo, al que se añade la "consciente y deseada introducción en el proceso de un dato falso, a conciencia de que puede resultar relevante el ulterior curso y la conclusión del mismo" (*ibídem*, pág. 1374).

<sup>81</sup> Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El falso testimonio...ob.cit.*, pág. 633, nota 1778, advirtiendo que de exigirse la firmeza de la sentencia o bien la consumación del delito se aplazaría hasta ese momento (si se le otorgó naturaleza de resultado del delito) o bien no podría juzgarse por este tipo agravado, aunque sí por haber declarado en contra de reo en causa criminal (cuando se le atribuye la naturaleza de condición objetiva de punibilidad. Supuesto este último también problemático en el caso de que se confirmase la sentencia condenatoria recurrida).

## 5. LA ALTERACIÓN NO SUSTANCIAL DE LA VERDAD

El art. 460 CP recoge el llamado falso testimonio parcial, en el que se sanciona la alteración no sustancial de la verdad producida a través de reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes. La Doctrina ha criticado con razón la inseguridad jurídica a la que conduce la pésima técnica legislativa empleada en la redacción de este tipo penal, plagada de elementos ambiguos y valorativos de difícil precisión, y el difícil encaje del injusto típico que requiere una alteración de la verdad, que sin ser sustancial, incida sobre aspectos esenciales del proceso con transcendencia probatoria. Es por ello que para algunos autores hubiera sido más acorde con el principio de mínima intervención el que tales hechos permanecieran en el ámbito de la corrección disciplinaria impuesta por los jueces y Tribunales <sup>(82)</sup>. Así, no hay más que tener en cuenta la casi nula Jurisprudencia que existe sobre este delito, normalmente para excluirlo. Así la STS 1-5-1881 condenó al testigo que afirmó no haber presenciado el hecho que en realidad presenció. Más recientemente SAP Zaragoza, Sección 6ª, 316/2011, 19-9, condenó al perito que contestó de forma evasiva, confusa y reticente, sabiendo que las firmas estampadas en los documentos no eran las suyas; absuelven, las SSTS 124/2003, 29-1; 1118/2003, 23-7.

La mayor dificultad interpretativa de este tipo reside en determinar que constituye una alteración no sustancial de la verdad, que además debe adoptar la forma de reticencias, inexactitudes u omisión de datos o hechos relevantes (medios tasados), y que permite diferenciar este tipo del de falso testimonio propio regulado en el art. 458 CP. A este respecto, como ya se manifestó más atrás, una opinión doctrinal considera que una alteración no sustancial en causa criminal se produce cuando se incide sobre elementos accidentales de la responsabilidad penal, en la medida en que afectan sólo a la mayor o menor gravedad de esta responsabilidad, pero no condicionan la condena o absolución del sujeto<sup>83</sup>. Otro sector

<sup>82</sup> En este sentido, QUINTERO OLIVARES, G. "Delitos contra la Administración...", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1921 aboga por su reconversión en una falta disciplinaria; de esta misma opinión, considerando que se trata de una infracción más propia del ámbito disciplinario que penal, QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Derecho penal español...ob.cit.*, pág. 1273; MARTÍNEZ RUÍZ, J. "La criminalidad...", *RDP*, pág. 58, considera que su mantenimiento en el Código penal infringe el principio de mínima intervención y de ultima ratio del Derecho penal; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. destaca en esta misma línea su escasa, por no decir nula, aplicación práctica (cfr. "Responsabilidad penal de los peritos", *EPC*, pág. 187).

<sup>83</sup> De esta opinión, MAGALDI PATERNOSTRO, M.J. *El falso testimonio...ob.cit.*, pág. 79; CÓRDOBA RODA, J. "Del falso testimonio", en *Comentarios...ob.cit.*, pág. 2246

doctrinal con el que me identifico, en cambio, entiende que la alteración no sustancial de la verdad puede afectar tanto a elementos esenciales como accidentales del proceso, refiriéndose aquella expresión más bien al modo o manera en que se produce la deposición falsa: no directamente o de forma inequívoca, sino a través de reticencias, inexactitudes o silencios<sup>84</sup>. La Jurisprudencia parece decantarse por esta última línea interpretativa. Así la SAP Zaragoza, Sección 6ª, 316/2011, 19-09, aprecia este delito en el perito que contesta con evasivas, de forma confusa y reticente sabiendo que las firmas estampadas en los documentos no eran suyas. En cualquier caso, todos coinciden en que las declaraciones deben ser idóneas para repercutir sobre la valoración de la prueba<sup>85</sup>.

Según el Diccionario de la RAE, reticencia se define como “efecto de no decir sino en parte, o de dar a entender claramente, y de ordinario con malicia, que se oculta o se calla algo que debiera o pudiera decirse”. Se diferenciaría de la mera omisión de datos en que en esta última no se da entender que se calla algo<sup>86</sup>. Se trata de una declaración incompleta que sugiere o insinúa algo, sin manifestarlo abiertamente.

Por inexactitud se entiende “falta de puntualidad y de ejecución de algo” (Diccionario RAE), lo que nos lleva a declaraciones imprecisas, confusas o ambiguas. Finalmente, la omisión de hechos o datos se apoya sobre el criterio de la relevancia, nueva valoración del juez, que tendrá que coincidir con la que haya hecho el sujeto activo<sup>87</sup>. Una relevancia que deberá predicarse de todas las formas de alteración no sustancial de la verdad, en la medida en que todas ellas tienen que ser idóneas para afectar al bien jurídico protegido, deben tener alguna significación probatoria<sup>88</sup>.

---

y 2247. Este último autor además excluye del tipo del art. 460 CP las falsedades que no versen sobre los elementos referentes a la “comprobación o averiguación del delito y del delincuente” (ibídem, pág. 2263).

<sup>84</sup> Cfr. BERNAL VALLS, J. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 168 y 169; GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra la Administración...”, en *Sistema de...ob.cit.*, pág. 1043; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El falso testimonio...ob.cit.*, págs. 441 y sigs.

<sup>85</sup> Por todos, TORÍO LÓPEZ, A. “Introducción...”, *RDPprocesal*, pág. 45; QUINTERO OLIVARES, G. “Delitos contra la Administración...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1922.

<sup>86</sup> En este sentido, TORÍO LÓPEZ, A. indica que se trata del incumplimiento del deber de decir cuanto se supiere que corresponde al testigo, esto es, del incumplimiento del deber de hacer una declaración completa (*RDPprocesal*, pág. 53)

<sup>87</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. “Delitos contra la Administración...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1922.

<sup>88</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra la Administración...”, en *Sistema de...ob.cit.*, pág. 1038; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal...ob.cit.*, pág. 955.

## 6. LA RETRACTACIÓN EN EL FALSO TESTIMONIO

El art. 462 CP proclama la exención de pena cuando “*el que habiendo prestado falso testimonio en causa criminal, se retracte en tiempo y forma, manifestando la verdad para que surta efecto antes de que se dicte sentencia en el proceso de que se trate*”; mientras que tan sólo atenuará la pena si se hubiere producido la privación de libertad a consecuencia del falso testimonio. El CP 1995 rescata una institución que había estado vigente en el CP 1928, desapareciendo de los posteriores códigos penales. Hasta su reintroducción en el CP 1995, la única posibilidad de retractación se contemplaba en el art. 715 LECri, si bien con un ámbito de aplicación más limitado, ya que sólo era posible en el acto del juicio oral respecto de las declaraciones falsas que los testigos realizaran en la fase sumarial<sup>89</sup>.

Como comportamiento postdelictivo positivo del sujeto, su naturaleza se corresponde más que con una excusa absolutoria con una causa personal de supresión o levantamiento de la punibilidad<sup>90</sup>. Su fundamento, según la Doctrina mayoritaria<sup>91</sup>, es el mismo que el del desistimiento

<sup>89</sup> Admitido que el falso testimonio se puede cometer en la fase sumarial, el problema surge cuando la declaración falsa en esa fase del procedimiento haya dado lugar a privación de libertad del sujeto, pues conforme al art. 462 CP no cabe exención de la responsabilidad, sino tan sólo una atenuación de la pena. Es por ello que algún autor entiende que se ha producido una derogación tácita del precepto de la LECri por la disposición derogatoria 2ª del CP 1995, pues ambos preceptos se oponen en este punto (Cfr. GARCÍA PÉREZ, O. *La punibilidad...ob.cit.*, pág. 183).

<sup>90</sup> Cfr. LUZÓN PEÑA, D.M. “La punibilidad”, en DIEZ RIPOLLÉS, J.L./ROMEO CASABONA, C.M./GRACIA MARTÍN, L./HIGUERA GUIMERÁ, J.F. (editores) *La Ciencia del Derecho Penal ante el Nuevo Siglo. Libro homenaje al profesor doctor D. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pág. 844. El autor prefiere utilizar la terminología alemana por su mayor precisión, que distingue entre causas personales de exclusión de la punibilidad y causas personales de levantamiento o supresión de la pena. En las primeras se impide la responsabilidad penal de determinadas por razones ajenas a injusto y culpabilidad que tienen que ver con la política jurídica frente a intereses estatales o internacionales o de protección familiar. En las segundas se está ante supuestos en los que el comportamiento postdelictivo positivo del sujeto es el que por razones también de política jurídica o político-criminales suprime o anula la punibilidad que en principio merecía el hecho. A esta última categoría pertenece la retracción en el falso testimonio. En el mismo sentido se pronuncia FARALDO CABANA, P. considerando que se trata de una causa de levantamiento de la pena (*Las Causas de Levantamiento de la Pena*, Valencia, 2000, pág. 246 y 247).

<sup>91</sup> Entre otros, vid. GARCÍA PÉREZ, O. *La Punibilidad...ob.cit.*, pág. 183, quien considera que es un supuesto específico de desistimiento del tipo agravado del art. 458.2 CP, que al extender su ámbito de aplicación también al tipo de peligro del art. 458.1 CP representa una excepción a las reglas de la tentativa cualificada. Como norma relativa al arrepentimiento activo lo califica MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. “Responsabilidad penal...”, *EPC*, pág. 192; en el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, G. “Delitos contra la

eficaz del art. 16.2 CP, aunque con la diferencia de que aquí opera una vez que se ha consumado el delito<sup>92</sup>, si bien dirigiéndose igual que aquel a conjurar el peligro creado con la acción delictiva realizada: el de que se dicte una resolución injusta.

HERNÁNDEZ PLASENCIA rechaza que el fundamento sea equiparable al del arrepentimiento activo, pues no tiene como principal o exclusiva finalidad evitar o reparar la lesión producida al bien jurídico protegido, en cuanto que la retractación puede utilizarse como un instrumento que perjudique más que beneficie a la actividad jurisdiccional. Así, por ejemplo, continua este autor, si el testigo declara falsamente, contando con el beneficio de la retracción, para que el imputado quede en libertad, quien una vez libre se da a la fuga. Se concluye así por este autor que su fundamento tiene que ver con razones de política criminal vinculadas a la protección de los intereses de los sujetos implicados en la causa criminal<sup>93</sup>. En mi opinión el que eventualmente pueda producirse un fraude de ley no impide que el fundamento de la exención resida en razones de utilidad ligadas a la Administración de Justicia misma: evitar los efectos procesales de la declaración falsa, favoreciendo el descubrimiento de la verdad y conjurando el peligro de que se dicten sentencias injustas.

La limitación de la retractación a los falsos testimonios vertidos en causa criminal se explica precisamente en base a la trascendencia de los bienes jurídicos implicados en un proceso de esta naturaleza<sup>94</sup>.

---

Administración...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios... ob.cit.*, pág. 1925, si bien le otorga naturaleza de excusa absolutoria; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 559.

<sup>92</sup> De otra opinión JIMÉNEZ ASENJO, E. (“Falso testimonio”, *NEJ*, pág. 540) en relación con la naturaleza del art. 715 LECri entendía que se estaba ante una concreción del desistimiento en la tentativa, en la medida en que el delito no se había consumado todavía, al no haber sentencia. Para MILLÁN GARRIDO, A. (“Falso testimonio y retractación”, en *Revista General del Derecho*, 1979, nº 423, pág. 1219), en cambio, el art. 715 LECri constituía una específica condición objetiva de procedibilidad, esto es, un requisito previo sin el cual no podía iniciarse el proceso penal, algo que fue rechazado por la STC 99/1985, 30-9.

<sup>93</sup> Cfr. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. “La retractación en el delito de falso testimonio”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.) *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano, 2001, págs. 1402 y 1403.

<sup>94</sup> Para HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. la retractación se presenta como un estímulo para colaborar con la Administración de Justicia (“La retractación en el delito...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.) *El Nuevo Derecho Penal...ob.cit.*, pág. 1404; en el mismo sentido, DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 562.

Sus requisitos son: que se trate de la retractación de un falso testimonio prestado en causa criminal y que se realice en tiempo y forma, antes de dictarse sentencia. En el concepto de causa criminal se comprenden tanto los procedimientos penales por delito como por falta, a favor o en contra de reo, de manera que su ámbito de aplicación no queda limitado sólo al tipo agravado del art. 458.2 CP, sino que abarca también los casos del número 1 del art. 458 CP. Esta limitación a las causas criminales ha sido criticada por la Doctrina<sup>95</sup> por lo que supone de quiebra del principio de igualdad respecto de la retractación en causa civil, para la que sólo sería admisible una atenuación por la vía de las atenuantes del art. 21.4, 21.5 ó 21.7 CP (confesión, reparación y analógica). Se rechaza, por tanto, la aplicación de lo dispuesto para el arrepentimiento eficaz del art. 16.2 CP que propone QUINTERO OLIVARES<sup>96</sup>, reconociendo que se fuerzan los términos legales, pues el delito ya está consumado. En este sentido, la SAP Ciudad Real, Sección 1ª, 263/1999, 31-12 niega la aplicación analógica de la retractación en una causa civil, pues no existe en realidad una laguna legal, dado que hay una clara voluntad legislativa de limitar la aplicación de esta institución a las causas criminales.

Además la retractación tiene que realizarse en tiempo y forma, antes de dictarse sentencia, lo que plantea no pocos problemas por la ambigüedad de la expresión. Así con respecto al tiempo no se dice nada acerca de si la sentencia ha de ser firme o no, de manera que surge la duda sobre si ésta puede admitirse una vez dictada la sentencia en primera instancia, pero antes de que recaiga sentencia en la apelación o incluso en la casación. Para un sector doctrinal con el que me identifico<sup>97</sup>, no habría incon-

---

<sup>95</sup> Críticamente, proponiendo para estos casos una aplicación del desistimiento del art. 16.2 CP, aunque forzando los términos legales, pues el delito ya estaría consumado, QUINTERO OLIVARES, G. "Delitos contra la Administración...", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1926; en el mismo sentido de *lege ferenda*, pero proponiendo de *lege data* la aplicación de las atenuantes del art. 21.4 y 21.5 CP MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. "La responsabilidad penal...", *EPC*, pág. 193. Por su parte HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. ("la retractación...", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.) *El Nuevo Derecho...ob.cit.*, págs. 1404 y 1405) se manifiesta partidario de ampliar su ámbito de aplicación a cualquier causa judicial, para evitar los efectos discriminatorios de la retractación según que se dé en uno u otro tipo de procedimiento, pero entiende que el legislador de *lege data* ha querido restringir su campo de acción a las causas penales. De ahí que sólo permita la atenuación de la pena si se produjo privación de libertad.

<sup>96</sup> Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. "Delitos contra la Administración...", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1926.

<sup>97</sup> Entre otros, GRINDA GONZÁLEZ, J. "El falso testimonio", en HERNÁNDEZ GARCÍA, J./GOYENA HUERTA, J./GRINDA GONZÁLEZ, J./MUÑOZ CUESTA, J. *Los*



veniente en extender su ámbito de aplicación hasta la sentencia firme, ya que de una parte no contradice los términos de la ley y de otra, los efectos de la resolución judicial no son definitivos, por lo que seguirían estando presentes las razones de utilidad para el bien jurídico protegido: evitar los efectos procesales de la declaración falsa, favoreciendo el descubrimiento de la verdad. En este sentido, la atenuación de la pena prevista en el art. 462 CP para el caso de que se hubiere producido ya la privación de libertad del sujeto avala esta interpretación. Otros autores, en cambio, se manifiestan partidarios de limitar esta causa personal de levantamiento de la pena a antes de que se dicte la sentencia en primera instancia, aunque no sea firme<sup>98</sup>. La STS 625/2005, 5-5 admite la retractación en la segunda instancia, pero no así en la casación, pues en la apelación es posible la revisión completa de la valoración probatoria e incluso la introducción de nuevos elementos probatorios, lo que no ocurre en la casación.

Se duda asimismo acerca del momento procesal en el que puede realizarse la retractación, si cualquiera antes de que se dicte sentencia o en el último en que las leyes procesales permiten la práctica de la prueba. La mayoría de la Doctrina<sup>99</sup> considera que debe ser en cualquier momento antes de que se dicte sentencia, aunque ya hubiera finalizado el periodo de prueba, tras las conclusiones definitivas e informes de las partes y ello porque el fundamento de la retractación reside en evitar una decisión judicial basada en falso testimonio, que pueda perjudicar o beneficiar indebidamente los intereses de las sujetos incurso en el proceso penal. De aquí que se reclame incluso una modificación de la normativa procesal si es que no admite tal contingencia<sup>100</sup> o suspender el fallo, abriendo un pe-

---

*Delitos contra...ob.cit.*, pág. 238; SANTANA VEGA, D. "Del falso testimonio", en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. *Comentarios al ...ob.cit.*, pág. 997; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 572.

<sup>98</sup> Así, GONZÁLEZ RUS, J.J. "Delitos contra la Administración...", en *Sistema de... ob.cit.*, pág. 1040; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. "La retractación...", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.) *El Nuevo Derecho...ob.cit.*, pág. 1407, quien excluye por ello el tipo agravado del art. 458.2 CP del ámbito de aplicación de la retractación (*ibídem*, pág. 1409).

<sup>99</sup> Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. "La retractación...", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.) *El Nuevo Derecho...ob.cit.*, pág. 1407 y 1409; GONZÁLEZ RUS, J.J. "Delitos contra la Administración...", en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.) *Sistema de... ob.cit.*, pág. 1040; DOMINGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 571.

<sup>100</sup> En este sentido, HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. "La retractación...", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.) *El Nuevo Derecho...ob.cit.*, pág. 1409.

riodo de información suplementaria, con lo que la retractación sería válida por tratarse de una prolongación del juicio oral<sup>101</sup>. La STS 677/ 1994, 25-2 rechaza la retractación del testigo dos días después de celebrado el juicio oral.

Hay que tener en cuenta, además, que no todos los procesos penales acaban con sentencia. En efecto, conforme a lo dispuesto en los arts. 637 y 641 LECri el procedimiento puede acabar con auto de sobreseimiento, libre o provisional. La cuestión es si puede admitirse la retractación después de que se haya dictado dicho auto de sobreseimiento. La Doctrina se muestra favorable a que así sea, dado que resulta coherente con la admisión del falso testimonio en fase sumarial y no contraviene la letra de la ley<sup>102</sup>. En cambio, GONZÁLEZ RUS<sup>103</sup> equipara el sobreseimiento a la sentencia, limitando la posibilidad de retractación a antes de dictarse el sobreseimiento (cita la STS 20-5-1963), en lo que en mi opinión es una interpretación contraria al principio de legalidad, pues el texto legal se refiere a la sentencia y no a cualquier otra resolución judicial con la que pueda finalizar el procedimiento, además de ir en contra del fundamento político-criminal de esta causa personal de levantamiento de la pena: evitar los efectos procesales de la previa declaración falsa, favoreciendo el descubrimiento de la verdad.

En cuanto a la forma, las dudas se suscitan pues nada se indica sobre la autoridad ante la que ha de prestarse (Juez, policía, Ministerio Fiscal, secretario judicial, etc.), ni tampoco si habrá de ser oral o por escrito, etc. En principio, la retracción deberá hacerse ante el juez que esté conociendo del asunto (<sup>104</sup>), que no tiene que ser necesariamente el mismo que recibió el falso testimonio. Así es posible que la declaración falsa se produzca en el sumario y la retractación en el juicio oral, o incluso en ordenamientos jurídicos en los que no se da la acumulación de la acción civil con la penal, se admite la posibilidad de una retractación que se produce en el proceso civil por los mismos hechos respecto de una declaración falsa vertida en la causa criminal, o a la inversa, retractación en el proceso penal de la declaración falsa vertida en el proceso civil que se sigue por los mismos hechos, y siempre y cuando no se hubiera dictado ya

<sup>101</sup> De este parecer, JIMÉNEZ ASENJO, E. "El falso...", en *NEJ*, pág. 540.

<sup>102</sup> Vid. HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. "La retractación...", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.) *El Nuevo Derecho...ob.cit.*, pág. 1406.

<sup>103</sup> Cfr. GONZÁLEZ RUS, J.J. "Delitos contra la Administración...", en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.) *Sistema de... ob.cit.*, pág. 1040.

<sup>104</sup> MAGALDI PATERNOSTRO, M.J./GARCÍA ARÁN, M. "Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal", en *Documentación Jurídica*, 1983, nº 37/40, vol. II, pág. 1184.

sentencia<sup>105</sup>. BENÉYTEZ MERINO, sin embargo, en una interpretación sumamente restrictiva la limita al mismo proceso y ante el mismo órgano jurisdiccional ante el que se produjo la declaración de la que se quiere retractar<sup>106</sup>. En mi opinión debería admitirse la retractación en forma tal que cumpla los fines del precepto, esto es, bastaría con que se hiciera de manera que pudiera llegar al Juez al que compete dictar la resolución, aunque se haga materialmente ante otra autoridad.

Finalmente, si la retractación pretende tener eficacia probatoria tendrá que someterse a los mismos principios de oralidad, inmediación y contradicción que rigen todos los medios de prueba. Resulta por ello imprescindible distinguir la retractación en sí misma, como causa personal de exclusión de la pena y los efectos de la retractación en el proceso: nulidad de la prueba practicada, nuevo medio de prueba, etc. Habrá, por tanto, que dar traslado a las partes y someter la nueva declaración a contradicción en una vista oral<sup>107</sup>, si se quiere que ésta tenga efectos probatorios, como por regla general así será, sobre todo cuando el contenido exigido a la retractación no se agota con la manifestación de que se faltó a la verdad en una declaración anterior, sino que además se ha de revelar la verdad, que puede ser simplemente que el testigo no se encontraba presente, o que no se acuerda bien de los hechos<sup>108</sup>.

Se cuestiona si la retractación se limita al falso testimonio del testigo o también es extensible a las declaraciones falsas de perito e intérprete, dado que el texto legal se refiere a quien haya prestado falso testimonio. La mayoría de la Doctrina<sup>109</sup> aboga por una interpretación amplia, comprensiva de todos estos sujetos activos, pues excluirllos supondría un

---

<sup>105</sup> Vid. sobre el particular, citando doctrina italiana DOMINGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 569.

<sup>106</sup> Cfr. BENEYTEZ MERINO, L. "Del falso...", en CONDE-PUMPIDO, C. (Dir.) *Código...ob.cit.*, pág. 1349.

<sup>107</sup> En este sentido también, HERNANDEZ PLASENCIA, J.U. "La retractación...", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.) *El Nuevo Derecho...ob.cit.*, pág. 1410; GRINDA GONZÁLEZ, J. "El falso testimonio", en HERNÁNDEZ GARCÍA, J./GOYENA HUERTA, J./GRINDA GONZÁLEZ, J./MUÑOZ CUESTA, J. *Los Delitos contra...ob.cit.*, pág. 238; DOMINGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 571.

<sup>108</sup> Vid. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 574.

<sup>109</sup> Entre otros, QUINTERO OLIVARES, G. "Delitos contra la Administración de Justicia", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./Coord.) *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1926; HERNANDEZ PLASENCIA, J.U. "La retractación...", en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.) *El Nuevo Derecho...ob.cit.*, pág. 1411; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, págs. 563 y 564; MARTÍNEZ RUÍZ, J. "La criminalidad de testigos...", *RDP*, pág. 62; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. "La responsabilidad...", *EPC*, pág. 192.

trato desigual no justificado<sup>110</sup>. Se entiende así que cualquiera de ellos puede prestar falso testimonio en causa criminal, incluyendo a quienes presentan a testigos falsos, peritos o intérpretes mendaces<sup>111</sup>, al manejarse un concepto de falso testimonio *latu sensu* que incluye a los distintos tipos delictivos como así se hace en la rúbrica del Capítulo<sup>112</sup>. Algunos comentaristas, sin embargo, consideran que sólo tiene aplicación a los testigos<sup>113</sup>.

Mayores dudas se suscitan respecto de quienes realizan la conducta de presentación de testigos falsos o de peritos o intérpretes mendaces en la medida en que ellos no prestan falso testimonio, razón por la cual entiendo deben quedar excluidos de la exención aunque se adopte una interpretación extensiva del concepto de falso testimonio<sup>114</sup>. Ello porque el art. 462 CP no se refiere a quienes hayan cometido falso testimonio, sino a quienes hayan prestado un falso testimonio, esto es, una declaración falsa. No puede ser entendida de otra manera la exigencia típica de

<sup>110</sup> De esta opinión se aparta MAGALDI PATERNOSTRO, M.J. quien respecto del art. 715 LECri consideraba justificada la exclusión de los peritos en base al contenido y naturaleza técnico-valorativa del informe pericial: una valoración personal de índole técnica, en la que por ello es difícil apreciar su falsedad –y no ya su carácter erróneo- (*El Falso testimonio...ob.cit.*, pág. 61).

<sup>111</sup> En este sentido, se manifiesta HERNANDEZ PLASENCIA, J.U. al entender que cualquiera de estos sujetos (testigos, peritos o intérpretes que declaren falsamente o quienes los presenten) comete falso testimonio, con independencia de cuál sea la conducta concreta que hayan realizado (“La retractación...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.) *El Nuevo Derecho...ob.cit.*, pág. 1411).

<sup>112</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G. quien advierte que al incluir dentro del ámbito de la retractación a quienes presentan a los testigos falsos o a los peritos o intérpretes mendaces, puede darse la retractación de quien los presenta, pero no de quien declara falsamente o a la inversa, lo que no haría variar la eficacia de la retractación respecto de la decisión judicial (“Delitos contra la Administración...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./Coord.) *Comentarios...ob.cit.*, págs. 1926 y 1927).

<sup>113</sup> De esta opinión, CÓRDOBA RODA, J. “Del falso testimonio”, en *Comentarios...ob.cit.*, pág. 2273; RODRIGUEZ YAGÜE, C. “Del falso testimonio”, en ARROYO ZAPATERO, pág. 950; PALOMO DEL ARCO, A. “Del falso testimonio”, en GÓMEZ TOMILLO (Dir.) *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1702.

<sup>114</sup> En este mismo sentido, GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra la Administración...”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.) *Sistema de Derecho... ob.cit.*, pág. 1040, quien lo limita a testigos, peritos e intérpretes que hubieren declarado falsamente; SANTANA VEGA, D. “Del falso testimonio”, en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. *Comentarios al ...ob.cit.*, pág. 996. En contra, admitiendo la aplicación de la retractación a estos sujetos: QUINTERO OLIVARES, G. “Delitos contra...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./Coord.) *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1926; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. “La retractación...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.) *El Nuevo Derecho...ob.cit.*, pág. 1411.

que se retracten “manifestando la verdad”. Ello sin perjuicio de que para estos otros sujetos pueda apreciarse la atenuante del art. 21.4 CP.

Finalmente se discute si la retractación se comunica o no a los partícipes (inductores, cooperadores) en el falso testimonio. En la medida que se trata de una causa personal de supresión o disminución de la punibilidad la respuesta debe ser negativa: sólo podrá apreciarse en quienes realicen la retractación, sin extenderse a los partícipes (inductores o cooperadores)<sup>115</sup>. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO matiza esta conclusión, admitiendo la eficacia de la retractación para el partícipe que hubiera sido el causante de la retratación del testigo falso o del perito o interprete mendaz<sup>116</sup>. Una posición que no comparto, pues, además de que el delito ya está consumado, se opone a la letra de la ley y a la naturaleza de causa personal de levantamiento de la pena, lo que no obsta a que en tales casos pueda apreciarse la atenuante del n.º 4 o del n.º 5 del art. 21 CP<sup>117</sup>.

Para HIGUERA GUIMERÁ, sin embargo, en coherencia con la naturaleza objetiva que otorga a esta circunstancia, la retractación se comunica a los partícipes, ya que su fundamento reside en razones de utilidad, de política criminal y política general y no en privilegios personales<sup>118</sup>.

En cuanto a sus efectos, produce la exención de la responsabilidad penal respecto del delito de falso testimonio, resultando controvertido si alcanza también a las posibles injurias o calumnias que se hubieran cometido con la previa declaración falsa. Algunos autores<sup>119</sup> se manifiestan en contra, teniendo en cuenta el paralelismo que guarda con el arrepentimiento eficaz del art. 16.2 CP, siendo que además en los delitos de calumnias e injurias se exige la previa licencia del Juez o Tribunal en el que se hubieran vertido (art. 215.2 CP). Otro sector doctrinal<sup>120</sup>, en cambio,

---

<sup>115</sup> Así, HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. “La retractación...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.) *El Nuevo Derecho...ob.cit.*, pág. 1414; SANTANA VEGA, D. “Del falso testimonio”, en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. *Comentarios al ...ob.cit.*, pág. 996.

<sup>116</sup> DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 592.

<sup>117</sup> En el mismo sentido, HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. “La retractación...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.) *El Nuevo Derecho...ob.cit.*, pág.1414.

<sup>118</sup> Cfr. HIGUERA GUIMERÁ, J.F. *Las Excusas Absolutorias*, Madrid, 1993, págs. 199 y 200.

<sup>119</sup> GONZÁLEZ RUS, J.J. “Delitos contra la Administración...”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.) *Sistema de Derecho... ob.cit.*, pág. 1041; HERNANDEZ PLASENCIA, J.U. “La retractación...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Coords.) *El Nuevo Derecho...ob.cit.*, pág. 1412.

<sup>120</sup> QUINTERO OLIVARES, G. “Delitos contra...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./Coord.) *Comentarios...ob.cit.*, págs. 1925 y 1926; DOMINGUEZ

admite la exención también respecto de injurias y calumnias, ya que el legislador sólo ha tenido en cuenta el bien jurídico libertad para dejar sin efecto la exención, atenuando la pena si el sujeto hubiera sido privado de libertad. Se añade además que se acabaría sancionando más cuando el sujeto no hubiere sido privado de libertad que cuando sí lo hubiera sido, ya que si la retractación se produce en este último caso tan sólo atenuará la pena del falso testimonio, suponiendo una prisión de seis meses a un año y multa; mientras que si el sujeto no hubiera sido privado de libertad, la retractación le eximiría del falso testimonio, abriendo la posibilidad de castigar las calumnias e injuria, que pueden alcanzar una pena de dos años de prisión cuando se realizan con publicidad<sup>121</sup>. En mi opinión no existe tal desajuste valorativo, pues en ambos casos, ya se haya producido la privación de libertad a consecuencia del falso testimonio o no, si el sujeto al declarar en falso comete unas injurias o calumnias se producirá un concurso ideal de delitos. La retractación sólo eximirá o atenuará la pena del falso testimonio, pero no será extensible a un delito de naturaleza radicalmente distinta como son las injurias o las calumnias.

La retractación no alcanza tampoco a los delitos de cohecho o de amenazas que se hubieren podido cometer<sup>122</sup>, así como a la responsabilidad civil derivada del delito, que subsiste<sup>123</sup>, pues estamos ante una causa personal de exclusión de la pena que no elimina por ello el injusto del hecho.

No se exime de pena, sino que se rebaja ésta en un grado cuando a consecuencia del falso testimonio se hubiere producido la privación de libertad. Esta privación de libertad comprende la detención y la prisión provisional, incluyendo los casos en que ésta es consecuencia de una sentencia condenatoria no firme todavía (art.504 LECri), si como se ha hecho se admite la retractación en la segunda instancia<sup>124</sup>.

El problema estriba en lo que deba entenderse por “a consecuencia” del falso testimonio. Algunos autores optan por una interpretación res-

---

IZQUIERDO, E.V. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, págs. 579 y 580; RODRIGUEZ YAGÜE, C. “Del falso testimonio”, en ARROYO ZAPATERO, pág. 950.

<sup>121</sup> Así, DOMINGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 580.

<sup>122</sup> Vid. QUINTERO OLIVARES, G. “Delitos contra...”, en QUINTERO OLIVARES, G./MORALES PRATS, F. (Dir./Coord.) *Comentarios...ob.cit.*, pág. 1927.

<sup>123</sup> Expresamente, DOMINGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 585.

<sup>124</sup> Admiten esta posibilidad, también CÓRDOBA RODA, J. “Del falso testimonio”, en *Comentarios...ob.cit.*, pág. 2276; QUERALT JIMÉNEZ, J.J. *Derecho penal...ob.cit.*, pág. 1270, quien refiere la rebaja de la pena que produce la retractación del art. 462 CP al tipo agravado del art. 458.2 CP.

trictiva que da más margen a la apreciación de la exención de pena frente a la atenuación, requiriendo que la declaración falsa haya sido el único elemento determinante de la privación de libertad. Así dicha privación no será consecuencia de aquella declaración falsa, procediendo, por tanto, la exención, si sólo fue un factor determinante más, pero hubiera podido adoptarse de todos modos la privación de libertad sin la deposición mendaz<sup>125</sup>. No comparto esta interpretación en exceso restrictiva que puede producir efectos indeseables al ampliar el ámbito de la exención en aquellos casos en que la declaración falsa sí ha contribuido a la privación de libertad del sujeto o a sus condiciones, aunque no haya sido el único elemento valorado en la decisión judicial.

---

<sup>125</sup> Vid. GONZÁLEZ RUS, J.J. "Delitos contra la Administración...", en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.) *Sistema de Derecho... ob.cit.*, pág. 1041; DOMINGUEZ IZQUIERDO, E.V. *El Falso Testimonio...ob.cit.*, pág. 573.